

Die actio pro socio
in materiellrechtlicher
und
verfahrensrechtlicher Sicht

von Assessor Franz W. Maino

1966

Die actio pro socio
in materiellrechtlicher und verfahrensrechtlicher Sicht

Dissertation

vorgelegt

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von Assessor Franz W. Maino

1966



1. Berichterstatter: Professor Dr. Bartholomeyczik
2. Berichterstatter: Professor Dr. Bärmann

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Februar 1966

- *Meinen Eltern gewidmet* -

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

(Stand: 1. Juni 1965)

- Bartholomeyczik, Horst, Erbrecht, 6. Aufl., München und Berlin 1964.
- Baumbach - Duden, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 16. Aufl., München und Berlin 1964.
- Baumbach - Lauterbach, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 28. Aufl., München und Berlin 1965.
- Becker, Karl, Übertragung einzelner gesellschaftlicher Rechte bei Personengesellschaften, GmbHR 1951, 92 f.
- Bettermann, Karl August, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, Hamburg 1948.
- Beyerle, Franz, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, Weimar 1932.
- Binder, Julius, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig 1907.
- Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, III. Teil, Leipzig 1905.
- Blomeyer, Arwed, Einzelanspruch und gemeinschaftlicher Anspruch von Miterben und Miteigentümern, AcP 159, 385 ff.
- Böhle - Stamschräder, Aloys, Konkursordnung, Kommentar, 7. Aufl., München und Berlin 1964.
- Boehmer, Gustav, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl., Tübingen 1965.
- Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II. Buch, 2. Abteilung, Tübingen 1952.
- Börner, Bodo, Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, NJW 1961, 1505 ff.
- Boesebeck, Ernst, Anmerkung zum Urteil des RG vom 14. 9. 1938, JW 1938, 3185 f.
- Anmerkung zum Urteil des RG vom 1. 4. 1943, DR 1943, 868.
- Bötticher, Eduard, Rechtsnachfolge in die Prozeßführungsbefugnis? Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948, 295 ff.
- Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930.
- Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß, Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Festgabe zum 70. Geburtstage von Leo Rosenberg, 1949, 73 ff.
- Bondi, Felix, Anmerkung zum Urteil des RG vom 7. 2. 1928, JW 1928, 1565.
- de Boor, Hans Otto, Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Leipzig 1941.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. 1. 1951, JZ 1951, 450 f.
- v. Brunn, Johann Heinrich, Die gewillkürte Prozeßstandschaft, Breslau 1933.
- Buchda, Gerhard, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, Marburg 1936.
- Corrinth, Erwin, Wer ist Träger des Anspruchs auf die Gesellschafterbeiträge? Diss. Göttingen 1931.
- Cosack, Konrad, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 6. Aufl., Jena 1913.
- Crome, Karl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Tübingen und Leipzig 1902.

- Dernburg, Heinrich, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, II. Bd., 2. Abt., 3. Aufl., Halle 1906.
- Diederichsen, Uwe, Zur Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen durch den nichtgeschäftsführungsbefugten BGB-Gesellschafter, MDR 1963, 632 ff.
- Die Funktion der Prozeßführungsbefugnis in ihrer Beschränkung auf Dritsprozesse, ZZP 76, 400 ff.
- Düringer - Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Kommentar, II. Bd., 1. und 2. Hälfte, 3. Aufl., Mannheim - Berlin - Leipzig 1932.
- Endemann, Friedrich, Römisches Privatrecht, Berlin - Leipzig 1925.
- Engländer, Konrad, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Berlin 1914.
- Enneccerus - Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
1. Halbbd., 15. Aufl., Tübingen 1959,
2. Halbbd., 15. Aufl., Tübingen 1960.
- Enneccerus - Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958.
- Ermann, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Münster i. W. 1962.
1. Aufl., Münster i. W. 1952.
- Eschelbacher, Max, Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen, Diss. Rostock 1902.
- Esser, Josef, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960.
1. Aufl., Karlsruhe 1949.
- Fehrmann, Wilderich, Grundlagen und Grenzen der actio pro socio bei Sozialansprüchen handelsrechtlicher Personalgesellschaften, Diss. Münster 1958.
- Fischer, Alfons, Die actio pro socio, Diss. München 1948.
- Fischer, Robert, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. 6. 1953, L/M § 145 HGB Nr. 3.
— Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 6. 1955, L/M § 432 BGB Nr. 2.
— Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. 10. 1959, L/M § 709 BGB Nr. 1.
- Fischer - Henle - Titze, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 14. Aufl., München 1932.
- Flechthelm, Julius, Prozesse der OHG gegen ihre eigenen Teilhaber, LZ 1914, 1260 ff.
— Anmerkung zum Urteil des RG vom 28. 2. 1916, JW 1916, 837 Nr. 10.
- Fraenkel, Ist der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft berechtigt, im eigenen Namen kraft eigenen Rechts auf Leistung an alle Gesellschafter zu klagen? JW 1913, 410 ff.
- Fuchs, Zur Frage der Geltendmachung von Nachlaßansprüchen seitens der Erben gegen einen Miterben-Schuldner (§ 2039 BGB), JW 1938, 355.
- Furtner, Georg, Die gewillkürte Prozeßstandschaft, JR 1958, 50 ff.
- Ganssmüller, Helmut, Zur Konkurrenz der Gesamthands- und der Gesamthänderklage, insbesondere bei der Personalgesellschaft, DB 1954, 860 ff.
— Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10. 1. 1963, NJW 1963, 641 f.
- Geiler, Karl, Anmerkung zum Urteil des RG vom 23. 10. 1920, JW 1921, 526 Nr. 7.
- v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958.
- v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, I. Bd., Leipzig 1895, III. Bd., München und Leipzig 1917.
- Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, Nachdruck Berlin 1963.

- Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 2. Aufl., Berlin 1902.
- Handelsgesellschaftsrecht und Bürgerliches Recht. Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 15. 12. 1900, ArchBürgR 19, 114 ff.
- v. Godin, Hans Frhr., Anmerkung zum Urteil des RG vom 1. 4. 1943, ZAkDR 1943, 195 ff.
- Gogos, Demetrius, Die Geschäftsführung der OHG, Tübingen 1953.
- Goldschmidt, James, Der Prozeß als Rechtslage, Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät, Berlin 1925.
- Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932.
- Habscheid, Walther J., Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956.
- Der nichtrechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, AcP 155, 375 ff.
- Hachenburg, Max, Anmerkung zum Urteil des RG vom 8. 6. 1917, JW 1917, 904 Nr. 8.
- Haupt, Günter, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., von Rudolf Reinhardt, Tübingen 1952.
- Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, unveränderter Nachdruck Meisenheim/Glan 1958.
- Heinemann, Gustav W., Die Formen der Rechtsausübung, JherJb 81, 373 ff.
- Heinsheimer, Rudolf, Über die Teilhaberschaft, Heidelberg 1930.
- Hellwig, Konrad, Anspruch und Klagrecht, Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht, 2. Neudruck, Leipzig 1910.
- Prozeßführungsrecht und bloße Prozeßführungsmacht, Recht 1902, 29 f. und 63 f.
- Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
- Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905.
- Hemping, W., Ist ein Mitglied eines nichtrechtsfähigen Vereins oder der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Kartells) berechtigt, im eigenen Namen kraft eigenen Rechts auf Leistung an alle Gesellschafter zu klagen? JW 1929, 2122.
- Henckel, Wolfram, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961.
- Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZZZ 70, 448 ff.
- Hölder, Eduard, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, JherJb, 53, 40 ff.
- Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905.
- Hofmann, Kurt, Über das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1929.
- Hueck, Alfred, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., München und Berlin 1965.
- Die Geltendmachung von Sozialansprüchen bei der offenen Handelsgesellschaft, ZAkDR 1944, 103 ff.
- Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., Berlin 1964.
- Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, Festschrift für Rudolf Hübner, Jena 1935, 72 ff.
- Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften, Festschrift für Ernst Heymann zum 60. Geburtstage, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, II. Bd., 700 ff., Marburg 1949.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10. 11. 1951, JZ 1952, 114.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27. 6. 1957, JZ 1957, 626.
- Jaeger, Ernst, Konkursordnung, Kommentar, 8. Aufl., I. Bd. (Lent), Berlin 1958.
- Jörs - Kunkel - Wenger, Römisches Privatrecht und Abriß des römischen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1949.

- Josef, Eugen, Die Berechtigung des einzelnen Gesellschafters und des einzelnen am Gesamtgut Beteiligten, Leistung an sämtliche Genossen zu verlangen, ArchBürgR 38, 83 ff.
- Karger, Ist der Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts berechtigt, im eigenen Namen kraft eigenen Rechts auf Leistung an alle Gesellschafter zu klagen? JW 1920, 889.
- Kaser, Max, Das römische Privatrecht
 1. Abschnitt, München 1955,
 2. Abschnitt, München 1959.
- Römisches Privatrecht, Studienbuch, 3. Aufl., München und Berlin 1964.
- Kaufmann, Hannes, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, München 1911.
- Kinsberg, Paul, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht, Diss. Leipzig 1912.
- Kipp - Coing, Erbrecht, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960.
- Kisch, Wilhelm, Die gewillkürte Prozeßstandschaft, Festschrift zu Ehren von Francesco Carnelutti, Bd. II, Padova 1950, 401 ff.
- Knoke, Paul, Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Recht für das Deutsche Reich, Jena 1901.
- Kohler, Josef, Der Dispositionsnießbrauch, JherJb 24, 187 ff.
 — Ansprüche zugunsten eines Dritten, ArchBürgR 21, 259 ff.
- Kuhn, Georg, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur offenen Handelsgesellschaft, WM 1960, 554 ff.
- Lange, Heinrich, Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964,
 Besonderer Teil, 6. Aufl., München und Berlin 1964.
- Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, JherJb 83, 108 ff.
- Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963.
 — Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a. M. 1959.
 — Anmerkung zum Urteil des RG vom 30. 7. 1935, JW 1935, 3296(98).
- Lent, Friedrich, Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZZZ 65, 315 ff.
- Lent - Jauernig, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München und Berlin 1965.
- Lion, Edgar, Ist der Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts berechtigt, im eigenen Namen kraft eigenen Rechts auf Leistung an alle Gesellschafter zu klagen? JW 1913, 702.
- Ludewig, Wilhelm, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1922.
- Lücke, Gerhard, Die Prozeßführungsbefugnis, ZZZ 76, 1 ff.
- Lux, Walter, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, München 1906.
- Molitor, Erich, Die Kündigung, 2. Aufl., Mannheim 1951.
- Müller - Erzbach, Rudolf, Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Aufl., Tübingen 1928.
- Nikisch, Arthur, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952.
 — Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, Tübingen 1935.
 — Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154, 271 ff.
- Oertmann, Paul, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., II. Buch,
 1. Abteilung, Berlin 1928,
 2. Abteilung, Berlin 1929.
- Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., München und Berlin 1965,
 19. Aufl., München und Berlin 1960.

- Philipp, Richard, Das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge, Diss. München 1903.
- Planck, Gottlieb, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte, 2. Teil, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928,
IV. Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928,
V. Bd., 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1930.
- Reichsgerichtsräte — Kommentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch. Hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II. Bd., 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960,
IV. Bd., 1. Teil, 10. und 11. Aufl., Berlin 1960,
V. Bd., 1. und 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960.
- Reichsgerichtsräte — Kommentar. Das Handelsgesetzbuch. Früher hrsg. von Mitgliedern des Reichsgerichts, II. Bd., 2. Aufl., Berlin 1950.
- Riedenklau, Arnold, Die actio pro socio, Diss. Kiel 1959.
- Riesenfeld, S., Die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd., Berlin 1916.
- Ritter, Carl, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1932.
- Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961.
- Parteiwechsel im Zivilprozeß durch Wegfall der Prozeßführungsbefugnis des Ehemannes, DRiZ 1951, 205 f.
- Zur Lehre von der gewillkürten Prozeßstandschaft, JZ 1952, 137 f.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. 1. 1951, ZZZ 65, 147 ff. (154).
- Sammeck, Cornel, Individualansprüche und Sozialverpflichtungen bei der OHG, Diss. Köln 1939.
- Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919.
- Schafheutle, Josef, Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, Abhandlungen zum Bürgerlichen, Handels- und Arbeitsrecht, Heft 6, Mannheim - Berlin - Leipzig 1931.
- Schlegelberger, Franz, Handelsgesetzbuch, Kommentar, erläutert von Gessler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, II. Bd., 4. Aufl., Berlin und Frankfurt am Main 1963.
- Schneider, H., Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. 6. 1953, GmbHR 1953, 123.
- Schneider, Rudolf, Die Prozeßführungsbefugnis des materiell Berechtigten — eine überholte Sachurteilsvoraussetzung? ZZZ 77, 278 ff.
- Schönke - Baur, Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht, 7. Aufl., Karlsruhe 1963.
- Schönke - Schröder - Niese, Zivilprozeßrecht, 8. Aufl., Karlsruhe 1956.
- Schroth, Gerhard, Der Aufbau der Gesellschaft des BGB als Schuldverhältnis und als Gemeinschaftsverhältnis, Sebnitz 1931.
- Schultze, Alfred, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, JherJb 43, 1 ff.
- Schumann, Hans, Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus pflichtwidriger Geschäftsführung bei Personalgesellschaften, DR 1942, 1670 ff.
— Handelsrecht I, 2. Aufl., Wiesbaden 1954.
- Schwab, Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München und Berlin 1954.
- Siber, Heinrich, Erbrecht, Leipzig 1928.
- Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherJb 70, 223 ff.
- Grundriß des Schuldrechts, Leipzig 1931.
- Römisches Recht, II. Bd. (Römisches Privatrecht), Berlin 1928.

- Siebert, Wolfgang, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933.
 — Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft,
 3. Aufl., Karlsruhe 1958.
- Soergel - Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, I. Bd., 9. Aufl., Stuttgart 1959,
 II. Bd., 9. Aufl., Stuttgart 1962,
 IV. Bd., 9. Aufl., Stuttgart 1963.
- Staub, Hermann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1932.
- v. Staudinger, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
 II. Bd., 1. Teil, 9. Aufl., München - Berlin - Leipzig 1930,
 1. Teil, 10. Aufl., München - Berlin - Leipzig 1937,
 4. Teil, 9. Aufl., München - Berlin - Leipzig 1929,
 4. Teil, 10. Aufl., München - Berlin - Leipzig 1935,
 4. Teil, 11. Aufl., Berlin 1958,
 IV. Bd., 1. Teil, 9. Aufl., München - Berlin - Leipzig 1926,
 V. Bd., 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1954,
 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960.
- Stein - Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., bearbeitet von
 Schöнке, fortgeführt von Pohle, I. Bd., Tübingen 1953.
- Strohal, Emil, Das deutsche Erbrecht, I. Bd., 3. Aufl., Berlin 1903.
- Titze, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., unveränderter Neudruck
 Berlin - Göttingen - Heidelberg 1948.
- v. Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
 I. Bd., Leipzig 1910,
 III. Bd., Leipzig 1918.
- Vogler, Alfred Wolfgang, Die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis durch den einzelnen Gesellschafter gegen Mitgesellschafter bei Personalgesellschaften, Diss. Leipzig 1947.
- Wagemeyer, Hans, Der gesetzliche Parteiwechsel und die Prozeßstandschaft des § 265 ZPO, Diss. Mainz 1953.
- Weber, Friedrich, Zur Problematik der Prozeßführung des Konkursverwalters,
 KTS 1955, 102 ff.
- Weiß, Egon, Institutionen des römischen Privatrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1949.
- Wieacker, Franz, Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft, Weimar 1936.
- Wieczorek, Bernhard, Zivilprozeßordnung, Kommentar, I. Bd., 1. Teil, Berlin 1957.
- Wieland, Karl, Handelsrecht, I. Bd., München und Leipzig 1921.
- Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Bd., 9. Aufl., bearbeitet von Theodor Kipp, Frankfurt a. M. 1906.
- Würdinger, Hans, Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937.
- Zeuner, Albrecht, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959.

ABKÜRZUNGEN

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung, Folge
ähnl.	ähnlich
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz)
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
a.p.s.	actio pro socio
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
Aufl.	Auflage
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
begr.	begründet
bes.	besonders
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRspr.	Deutsche Rechtsprechung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Enn.	Enneccerus
Entsch.	Entscheidung
Erl.	Erläuterung
ff.	folgende
Fußn.	Fußnote
GmbHR	Rundschau für GmbH
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.(M.)	herrschende Lehre (Meinung)

HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
JherJb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
Lehrb.	Lehrbuch
L/M	Nachschlagewerk des BGH, hrsg. von Lindenmaier, Möhring u. a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
Mot.	Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
n.F.	neue Fassung, Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OCHBZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht (mit Ortsnamen und Fundstelle auch Entscheidungssammlung)
Prot.	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht (auch Entscheidungssammlung)
s.	siehe
S.	Seite
SächsA	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	sogenannt
Staud.	Staudinger
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere mehr
u.v.a.	und viele andere
Urt.	Urteil
v.	von
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
Warn	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Warneier

WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZS	Zivilsenat
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß, begr. v. Busch

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
A. Einführung	
<i>Begriffe, Problem der Arbeit, Abgrenzung des Themas</i>	17
B. Darstellung der actio pro socio des geltenden Rechts	19
I. Rechtsgrundlagen und Begründung der actio pro socio	19
1. Die actio pro socio als gewohnheitsrechtliches Institut	19
2. Die verschiedenen Begründungsversuche	21
a) Die Begründung durch entsprechende Anwendung der §§ 328 ff. BGB (Würdinger)	21
b) Die Begründung durch entsprechende Anwendung der §§ 432, 2039 BGB (Reichsgericht)	22
c) Die Begründung durch entsprechende Anwendung des § 744 Absatz 2 BGB (Palandt - Gramm)	24
d) Die Begründung aus dem Gesellschaftsvertrag gemäß § 705 BGB	24
II. Die actio pro socio als Ausdruck eines allgemeinen Grundgedankens des Gesamthandsrechts	25
1. Das Personalgesellschaftsrecht	25
2. Das übrige Gesamthandsrecht	30
a) Eheliche Gütergemeinschaft	30
b) Miterbengemeinschaft	32
3. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der actio pro socio des Gesellschaftsrechts und ähnlichen Instituten bei den anderen Gesamthandsgemeinschaften	32
III. Bedeutung und Ausgestaltung der actio pro socio	33
1. Art der mit der actio pro socio geltend zu machenden Ansprüche	33
a) Aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührende Rechtsbezie- hungen zwischen Gesamthand und Einzelgesellschafter	33
aa) Sozialpflichten - Individualansprüche	34
bb) Individualpflichten - Sozialansprüche	34
b) Sogenannte Drittverhältnisse	36
c) Gesellschaftsforderungen gegen Dritte	36
2. Umfang der Befugnisse des Einzelgesellschafters	37
a) Eigener Anspruch des Gesellschafters	37
b) Anspruch der Gesamthand	37
3. Funktion der actio pro socio bei BGB-Gesellschaft, OHG und KG	39
IV. Die Aktivseite des mit der actio pro socio geltend gemachten Anspruchs	41
1. Allgemeiner Überblick	41
2. Die Auffassungen zur Frage nach dem Gläubiger der Sozialansprüche	42
a) Die einzelnen Gesellschafter als Gläubiger der Sozialansprüche	43

	Seite
b) Die Gesellschaft als alleinige Gläubigerin der Sozialansprüche	43
aa) Die Gesamtheit aller Gesellschafter	44
bb) Die Gesellschaft mit Ausnahme des Verpflichteten	44
c) Gesellschaft und Gesellschafter nebeneinander als Gläubiger der Sozialansprüche	45
aa) Die Ansicht von Godins	45
bb) Die Ansicht Lehmanns	45
cc) Die Ansicht Würdingers	46
dd) Die Ansicht Kesslers	46
ee) Die Ansicht des Bundesgerichtshofes	47
3. Stellungnahme und vorläufiges Ergebnis	48
a) Kritische Aussonderung einiger Ansichten	48
b) Stellungnahme zu den Theorien vom „eigenen“ Anspruch des Personalgesellschafters	49
c) Die Konstruktion der actio pro socio nach den beiden widersprechenden Ansichten	54
aa) Die actio pro socio als Geltendmachung eines fremden materiellen Anspruchs (Alleingläubigerschaft der Gesellschaft)	54
bb) Die actio pro socio als Geltendmachung eines eigenen materiellen Anspruchs des Gesellschafters (Gläubigerschaft auch des Gesellschafters)	55
V. Die Lösung des Problems	55
1. Die Möglichkeiten der Gläubigerschaft mehrerer	56
a) §§ 2039, 432 BGB als denkbare allgemeine Grundsätze	57
aa) § 2039 BGB	57
bb) § 432 BGB	58
b) Die Auffassung Blomeyers zu den §§ 2039, 432 BGB und ihre Folgerungen für die actio pro socio	60
c) Actio pro socio und fremdnütziger Anspruch	62
aa) § 2194 BGB und actio pro socio	62
bb) § 335 BGB und actio pro socio	65
2. Ergebnis	66
C. Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Auswirkungen der beiden widersprechenden Auffassungen über die actio pro socio	67
I. Überblick	67
II. Materiellrechtliche Unterschiede und Gemeinsamkeiten	67
1. Die Verfügung über den mit der actio pro socio geltend gemachten Anspruch	67
a) Abtretung	67
aa) Anspruch der Gesamthand	69
bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters	70
b) Verpfändung	71
c) Aufrechnung	71
aa) Anspruch der Gesamthand	72
bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters	73
d) Kündigung	73
aa) Anspruch der Gesamthand	74
bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters	74
e) Stundung und Erlaß	75

aa) Anspruch der Gesamthand	76
bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters	76
2. Die Mahnung	77
a) Anspruch der Gesamthand	77
b) Eigener Anspruch des Gesellschafters	78
3. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts	79
a) Anspruch der Gesamthand	79
b) Eigener Anspruch des Gesellschafters	80
4. Die Einzelzwangsvollstreckung und der Konkurs	80
a) Einzelzwangsvollstreckung	80
b) Konkurs	81
aa) Anspruch der Gesamthand	81
bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters	81
III. Verfahrensrechtliche Auswirkungen	82
1. Die prozessuale Erscheinungsform der actio pro socio	82
a) Überblick	82
b) Eigener Anspruch des Gesellschafters	84
c) Anspruch der Gesamthand	84
aa) Die Formen der Prozeßstandschaft	84
bb) Die einzelnen Möglichkeiten	
im Falle der actio pro socio	85
aaa) Die actio pro socio	
als Fall gesetzlicher Prozeßstandschaft	85
bbb) Die actio pro socio	
als Fall gewillkürter Prozeßstandschaft	86
ccc) Die Auffassungen Fehrmanns und Fischers	86
cc) Stellungnahme und Ergebnis	87
2. Die Rechtskraftwirkungen	
des Urteils im Gesellschafterprozeß	90
a) Problemstellung	90
b) Objektive und subjektive Rechtskraft	91
c) Anspruch der Gesamthand	92
aa) Die Wirkungen des klageabweisenden Urteils	92
bb) Die Wirkungen des der Klage stattgebenden Urteils	95
d) Eigener Anspruch des Gesellschafters	95
e) Ergebnis	97
3. Die prozessuale Problematik der actio pro socio	
bei der Veräußerung des Gesellschaftsanteils	
eines Gesellschafters	97
a) Der Ausgangsfall	97
aa) Die Ansicht des Berufungsgerichts	97
bb) Die Ansicht des Bundesgerichtshofs	98
b) Das Problem	98
c) Die Auffassungen zum Anwendungsbereich des § 265 ZPO	99
d) Stellungnahme und Ergebnis	101
D. Gesamtwürdigung	103

A. Einführung

Begriffe, Problem der Arbeit, Abgrenzung des Themas

Der Bundesgerichtshof¹⁾ hatte vor einiger Zeit folgenden Fall zu entscheiden²⁾: Ein Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft hatte gegen einen Mitgesellschafter auf Feststellung geklagt, daß dieser zu geschäftsführender Tätigkeit in der Gesellschaft nicht berechtigt gewesen sei. Während des Prozesses veräußerte der Kläger seinen Gesellschaftsanteil. Damit ergab sich die Frage, ob der Kläger mit seinen sonstigen Gesellschafterrechten die Befugnis zur Weiterführung des Prozesses verloren hatte.

Der Bundesgerichtshof erblickte in der Klage einen Fall der sogenannten *actio pro socio* (a.p.s.). Mit diesem Begriff bezeichnet man allgemein³⁾ das Recht eines jeden Personalgesellschafters⁴⁾, die Ansprüche geltend zu machen, die sich aus den von seinen Mitgesellschaftern bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages gemäß § 705 BGB übernommenen Pflichten ergeben.

In seiner Entscheidung führte der Bundesgerichtshof aus, der „Anspruch des Klägers (sog. *actio pro socio*)“ sei „in seiner Person ein eigener Anspruch, der nicht mit dem gleichgerichteten Anspruch der Gesellschaft gegen den vertraglich verpflichteten Gesellschafter identisch ist“⁵⁾.

Diese Auffassung des Bundesgerichtshofs widerspricht der im Schrifttum überwiegend vertretenen Meinung, die nur einen Anspruch der Gesellschaft annimmt, also die Identität der angeblich verschiedenen Ansprüche bejaht⁶⁾. Die Frage, ob der Gesellschafter im Falle der a.p.s. einen eigenen oder einen fremden Anspruch geltend macht, m.a.W. die Frage nach der Rechtszuständigkeit der materiellen Ansprüche, die Gegenstand der a.p.s. sind, war schon vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofs umstritten. Sie ist jedoch bisher — soweit ersichtlich — nirgends eingehend, sondern mehr oder weniger nur am Rande erörtert worden. Die Möglichkeit unterschiedlicher materiell- und verfahrensrechtlicher Folgen beider Auffassungen rechtfertigt ihre nähere Untersuchung.

Im ersten Hauptteil soll die a.p.s. des geltenden Rechts dargestellt werden, soweit die Behandlung der aufgezeigten Problematik dies erfordert. Damit bleibt die Erörterung der materiellrechtlichen Streitfragen außer Betracht, die

¹⁾ Urt. des 2. ZS des BGH v. 11. 2. 1960 = NJW 1960, 964 = L/M § 265 ZPO Nr. 7 = MDR 1960, 472 f. = ZZZ 74, 90 ff. = WM 1960, 399 ff.

²⁾ Gekürzte Wiedergabe des in WM 1960, 399 f. vollständig abgedruckten Sachverhalts.

³⁾ Der Gebrauch des Begriffes der a.p.s. in dieser Bedeutung ist in Lehre und Rechtsprechung herrschend; vgl. Enn. - Lehmann S. 736; Lehmann, Gesellschaftsrecht S. 76 und S. 109; Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84 aa; Staud. - Kessler § 705 Anm. 56; Soergel - Siebert (Schultze - v. Lasaulx) § 705 Anm. 32-34; Weipert in HGB — RGRK § 124 Anm. 36; Würdinger S. 48; Gogos S. 28; Heinsheimer S. 45 und S. 114 Anm. 6; Hueck, Gesellschaftsrecht S. 32; ders., OHG S. 189; ders., ZAkDR 1944, 103 ff. u.a.m.; RGZ 90, 300; 91, 34; BGH NJW 1960, 964.

⁴⁾ Im Rahmen der vorliegenden Arbeit werden als „Personalgesellschaften“ die BGB-Gesellschaft, die OHG und die KG bezeichnet; vgl. zur Terminologie auch Hueck, Gesellschaftsrecht S. 8.

⁵⁾ BGH aaO.

⁶⁾ Vgl. etwa Heinsheimer S. 46; Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84; Weipert in HGB — RGRK § 124 Anm. 36; Hueck, OHG S. 189/190; Schlegelberger - Gessler § 109 Anm. 4; Esser S. 725; Erman - Schulze - Wenck § 705 Anm. 10 a; Soergel - Siebert (Schultze - v. Lasaulx) § 705 Anm. 32-34 u.v.a.; RG ZAkDR 1943, 195.

trotz allgemeiner grundsätzlicher Anerkennung der a.p.s. in Lehre und Rechtsprechung⁷⁾ noch immer nicht abschließend geklärt sind. So bestehen z. B. erhebliche Meinungsverschiedenheiten bei der Frage nach den Grenzen der a.p.s., etwa Beschränkungen der Klagemöglichkeit durch die Treuepflicht der Gesellschafter⁸⁾, die vom gesetzlichen Normalfall abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung der Geschäftsführungsbefugnis⁹⁾ u.a.m. Die Nichtbehandlung der zahlreichen Streitfragen dieser Art rechtfertigt sich einmal daraus, daß insoweit nur die bisher vertretenen Ansichten einer Kritik unterzogen werden könnten, die sich auf die im Schrifttum bereits berücksichtigten Gesichtspunkte beschränken müßte. Zum anderen würde die Erörterung der Frage nach dem Grenzen der a.p.s. zur Lösung der hier angedeuteten Probleme nichts beitragen und wäre schon deshalb entbehrlich. Denn es ist unerheblich, in welchen Fällen etwa die nach der herrschenden Auffassung¹⁰⁾ grundsätzlich zulässige Einzelklage ausnahmsweise ausgeschlossen ist. Die hier interessierenden Fragen werden stets akut, unabhängig davon, ob man die a.p.s. mit der überwiegenden Meinung grundsätzlich oder mit Esser¹¹⁾ nur subsidiär bei Versagen der Geschäftsführung zulassen oder ob man sie mit Haupt - Reinhardt¹²⁾ generell ausschließen sollte. Die Frage, wessen Anspruch der mit der Einzelklage vorgehende Gesellschafter geltend macht und die daraus resultierende Problematik ergäben sich nur dann nicht, wenn man die Zulässigkeit der a.p.s. ausnahmslos ablehnte.

Der zweite Hauptteil wird sich mit der Untersuchung der materiellrechtlichen und prozessualen Auswirkungen der widersprechenden Auffassungen von der a.p.s. befassen. An konkreten Beispielfällen soll dargestellt werden, wie sich beide Meinungen in ihren praktischen Konsequenzen unterscheiden und gleichen.

Abschließend sind die gewonnenen Ergebnisse gegenüberzustellen.

⁷⁾ Vgl. hierzu die S. 17 Anm. 3 angegebene Literatur und Rspr.; a.A. z. B. Haupt - Reinhardt S. 31; Fischer - Henle - Titze § 719 Anm. 2.

⁸⁾ Vgl. hierzu insbesondere Hueck, Der Treuegedanke im Recht der OHG, Festschrift für Hübner S. 72 ff.; Fehrmann S. 56 ff.; RGZ 171, 51 ff. = RG DR 1943, 868 mit Anm. von Boesebeck = ZAKDR 1943, 195 mit Anm. von v. Godin.

⁹⁾ S. hierzu Fehrmann S. 83 ff.; Vogler S. 65 ff.; Fischer, Die actio pro socio S. 28 ff.

¹⁰⁾ Vgl. S. 17 Anm. 3.

¹¹⁾ Esser S. 725; ähnlich einschränkend Gogos S. 28 und Corrinth S. 54.

¹²⁾ Haupt - Reinhardt S. 31 wollen die h. M. für die Gesellschaft nur billigen, „wenn keine besondere Regelung über die Geschäftsführung getroffen ist, oder wenn bei übertragener Geschäftsführung der einzige Geschäftsführer selbst derjenige ist, dessen rückständiger Beitrag verlangt werden soll“. Dies soll allerdings nicht in vollem Umfange für den Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung der Geschäftsführerpflichten gelten; vgl. aaO S. 34.

B. Darstellung der actio pro socio des geltenden Rechts

I. Rechtsgrundlagen und Begründung der actio pro socio

1. Die actio pro socio als gewohnheitsrechtliches Institut

Die Zulässigkeit der a.p.s. ist allgemein anerkannt; sie ist geltendes Recht. Wie alles geltende Recht hat auch sie eine Rechtsquelle.

Das Recht beruht auf dem Willen einer Gemeinschaft, dem Gemeinwillen¹³⁾. Der rechtserzeugende Gemeinwille muß sich entweder in ausdrücklicher Rechtsetzung (Satzung) oder stillschweigend durch das Rechtsleben selbst (Gewohnheitsrecht) offenbaren¹⁴⁾ ¹⁵⁾.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt die a.p.s. nicht ausdrücklich. Dies schließt allerdings nicht aus, daß es sich bei diesem Rechtsinstitut um eine Rechtsetzung handelt. Gesetztes Recht ist nicht nur das, was die Gesetze ausdrücklich regeln, sondern auch das, was der Gesetzgeber zwar nicht expressis verbis erwähnt, aber die Interpretation im Sinne einer Sinndeutung in das Gesetz hineinlegen kann. Für die a.p.s. bestehen zwei Möglichkeiten: Einmal könnte es der Gesetzgeber nicht für erforderlich gehalten haben, eine ausdrückliche Bestimmung über die a.p.s. zu treffen, weil ihre Grundsätze durch Auslegung der bestehenden Gesetzesvorschriften zu ermitteln sind. Oder aber: Die a.p.s. bestand zur Zeit der Schaffung des Gesetzes bereits als Gewohnheitsrecht und der Gesetzgeber hielt es nicht für nötig, dieses geltende Recht durch eine ausdrückliche Bestimmung zu bestätigen. Das würde bedeuten, daß er es als ein schon vorher bestehendes, ihm selbstverständlich erscheinendes Gewohnheitsrecht ansah, das auch im zeitlichen Geltungsbereich des Bürgerlichen Gesetzbuches weitergeführt werden sollte. Die Motive legen diese Annahme nahe.

Die a.p.s. wird in den Motiven erwähnt¹⁶⁾: „Aus dem zwischen den Gesellschaftern zufolge des Gesellschaftsvertrages bestehenden obligatorischen Verhältnisse und der Bestimmung der vertragsmäßigen Beiträge ergibt sich im Uebrigen in Ansehung der Ansprüche der Gesellschafter gegen einander auf Erfüllung der Beitragspflicht ohne Weiteres, daß kein Gesellschafter einen anderen auf Leistung eines verhältnismäßigen Theiles des diesem obliegenden Beitrages (z. B. des Geldeinschusses) für sich in Anspruch nehmen, jeder vielmehr nur verlangen kann, daß der Beitrag zu dem vereinbarten Zwecke, mithin an alle Gesellschafter, um den beizutragenden Gegenstand allen gemeinschaftlich zu machen (§ 631, vgl. zu § 641), geleistet werde, ...“.

Die Motive nennen dieses Recht des Einzelnen nicht a.p.s.; aus seinem Inhalt, vor allem dem durch den Zweck beschränkten Umfang ergibt sich aber, daß diese damit gemeint ist. Durch Interpretation der gesetzlichen Vorschriften läßt sie sich nicht ermitteln, da die grundsätzliche Gemeinschaftlichkeit der Befugnisse der Gesellschafter gerade gegen ein solches Recht eines einzelnen Gesellschafters spricht. Dieses in den Motiven genannte Recht ist vielmehr nur verständlich im Zusammenhang mit der a.p.s. des römischen und gemeinen Rechts. Wenn daher die Motive die a.p.s. als ein geltendes Recht erwähnen, so kann sie nur ein Gewohnheitsrecht sein, womit man „das

¹³⁾ Statt aller: Enn. - Nipperdey, 1. Halbbd. S. 205.

¹⁴⁾ Ders. aaO S. 296.

¹⁵⁾ Zum Gewohnheitsrecht im einzelnen s. ders. aaO S. 261 ff.

¹⁶⁾ Mot. II zu § 630 (S. 598), wobei die BGB-Gesellschaft allerdings noch als Bruchteilsgemeinschaft aufgefaßt wurde.

ungesetzte, durch einen allgemeinen, normalerweise durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft erzeugte Recht“ bezeichnet¹⁷⁾. Die a.p.s. ist somit auf gewohnheitsrechtlichem Wege aus dem römischen und über das gemeine Recht in das geltende Recht gelangt¹⁸⁾. Wäre der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch, der die Gesellschaft als Bruchteilsgemeinschaft vorsah, Gesetz geworden, so bestünde heute die a.p.s. in der Form, die sie im gemeinen Recht hatte¹⁹⁾. Auf dem Boden des Gesamthandprinzips mußte sie erhebliche Änderungen erfahren.

Gewohnheitsrecht besteht wie gesetztes Recht solange fort, bis es aufgehoben wird²⁰⁾. Die Aufhebung kann sich durch eine entgegenstehende Kodifikation, eine Beendigung der gewohnheitsrechtlichen Übung oder die Ausbildung eines entgegenstehenden Gewohnheitsrechts vollziehen. Das wird deutlich an den Modifikationen, welche die zunächst noch auf dem Boden des gemeinen Rechts stehende a.p.s. infolge des Gesamthandprinzips erfahren mußte. Auch diese Modifikationen vollzogen sich gewohnheitsrechtlich, nämlich durch Gerichtsgebrauch und allgemeine Übung; soweit die Grundsätze über die a.p.s. noch kein Gewohnheits- und damit geltendes Recht sind, sind sie *communis doctorum opinio* (Lehre, Rechtswissenschaft), die für die Entstehung eines Gewohnheitsrechts — insbesondere durch Gerichtsgebrauch — der Ausgangspunkt sein kann.

Die Zulässigkeit der a.p.s. ist gewohnheitsrechtlich anerkannt²¹⁾. Man ist sich jedoch nicht einig über die Begründung dieses Rechts des Einzelgesellschafters im Sinne einer juristischen Konstruktion.

Solange man von der Gesellschaft in der Form der römischen *societas* ausging, konnte man sich zur Begründung der a.p.s. des geltenden Rechts auf die a.p.s. des römischen und gemeinen Rechts stützen²²⁾. In der *societas*²³⁾ bestanden rein schuldrechtliche Beziehungen zwischen den Gesellschaftern und es gab kein dinglich gebundenes Sondervermögen²⁴⁾; soweit bei der *societas* überhaupt ein gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen vorhanden war, standen die dazu gehörenden einzelnen Gegenstände allen Teilhabern anteilmäßig zu²⁵⁾. Die Erhebung der Klage aus dem Gesellschaftsverhältnis wirkte wie eine Kündigung²⁶⁾. Die a.p.s., die erst nach beendeter *societas* erhoben werden konnte, war eine auf den Saldo gerichtete Abrechnungsklage²⁷⁾; sie war einheitliche, allgemeine und zusammenfassende Liquidationsklage²⁸⁾. Erst in nachklassischer Zeit war sie auch als Beitrags- und Ersatzklage möglich²⁹⁾. Mangels eines Gesamthandsvermögens waren Verpflichtungen zwischen der „Gesellschaft“ und ihren Mitgliedern ausgeschlossen. Die a.p.s. diente nur der Verfolgung eigener Ansprüche der Gesellschafter untereinander. Die a.p.s.

¹⁷⁾ Enn. - Nipperdey I. Halbbd. S. 261.

¹⁸⁾ O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht III S. 332; vgl. auch RG SeuffA 81, 46 Nr. 27.

¹⁹⁾ Näheres hierzu unten.

²⁰⁾ Vgl. Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB S. 26/7; Enn. - Nipperdey aaO S. 275.

²¹⁾ Der Auffassung der a.p.s. als eines Gewohnheitsrechts widerspricht nicht, daß man sie vielfach aus § 705 BGB und dem Gesellschaftsvertrag zu begründen versucht.

²²⁾ So Windscheid - Kipp II S. 780, insbes. Fußn. 1.

²³⁾ Die *societas* des klassischen Rechts geht zurück auf die ungeteilte Erbengemeinschaft des altrömischen Rechts, vgl. Kaser I S. 477; Jörs - Kunkel - Wenger S. 240; a.A. Wieacker, *Societas* S. 9, der ihre Anfänge nicht erst bei der rein vermögensrechtlichen Erbengemeinschaft, sondern schon im Hausverband sieht; vgl. auch Endemann, Römisches Privatrecht S. 181/2.

²⁴⁾ Vgl. zum Ganzen Jörs - Kunkel - Wenger S. 242.

²⁵⁾ Jörs - Kunkel - Wenger aaO; Kaser I S. 479; ebenso im gemeinen Recht, Windscheid - Kipp II S. 780; zur a.p.s. im gemeinen Recht s. a. Siber, Römisches Recht II S. 207 f.

²⁶⁾ Jörs - Kunkel - Wenger S. 243; Kaser I S. 480 Fußn. 26; a.A. Gogos S. 28.

²⁷⁾ Kaser I S. 480; Wieacker, *Societas* S. 9; Jörs - Kunkel - Wenger aaO.

²⁸⁾ Wieacker aaO S. 11; Weiss, Institutionen S. 390.

²⁹⁾ Kaser II S. 298.

ließe sich daher heute mit derjenigen der nachklassischen und gemeinrechtlichen Zeit nur dann begründen, wenn man die Gesellschaft als rein obligatorisch gestaltetes Vertragsverhältnis der Gesellschafter untereinander auffaßte³⁰⁾.

Dagegen ist das geltende Personalgesellschaftsrecht vom Gesamthandprinzip beherrscht³¹⁾; es sind daher, obwohl die Gesellschaft keine juristische Person ist, Rechtsbeziehungen zwischen ihr und dem einzelnen Mitglied möglich. Infolgedessen kann man sich zur Begründung der heutigen a.p.s. nicht allein auf die des römischen oder gemeinen Rechts berufen.

2. Die verschiedenen Begründungsversuche

An Versuchen, die a.p.s. konstruktiv zu begründen, hat es nicht gefehlt. Es ist nicht Ziel der Arbeit, eine der bisher von Lehre und Rechtsprechung aufgestellten Theorien zur Begründung der a.p.s. eingehend zu rechtfertigen³²⁾ oder gar zu versuchen, eine neue Begründung zu entwickeln. Aus zwei Gründen kann aber nicht gänzlich auf die Darstellung der verschiedenen Begründungsversuche verzichtet werden. Einmal verlangt die Geschlossenheit der Darstellung der a.p.s. wenigstens einen kurzen Überblick über die einzelnen Ansichten³³⁾; zum anderen bilden zwei der Begründungen, nämlich die Würdingers³⁴⁾ und die des Reichsgerichts³⁵⁾ den Ausgangspunkt für die Frage, ob der Gesellschafter mittels der a.p.s. einen eigenen oder einen fremden materiellen Anspruch geltend macht.

a) Die Begründung durch entsprechende Anwendung der §§ 328 ff. BGB (Würdinger)

Würdinger³⁶⁾ versucht die Klagebefugnis des Personalgesellschafters mit Hilfe der Bestimmungen über den Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) zu begründen. Beim Normaltyp der Personalgesellschaften stehe das Gesellschaftsvermögen den Beteiligten zur gesamten Hand zu. Es werde deshalb auch die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Beitragsverpflichtung, durch welche das Vermögen erst gebildet werden solle, aufzufassen sein als Verpflichtung zur Leistung an die Gesellschafter zur gesamten Hand. Diese Verpflichtung aber entspringe einem Versprechen, das die Gesellschafter als einzelne bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages einander gewährten. Damit sei eine den Verträgen auf Leistung an Dritte ähnliche Rechtslage gegeben und nach § 328 BGB sei aus den Umständen zu ermitteln, ob der Leistungsempfänger, nämlich die Gemeinschaft der Gesellschafter als Gesamthandverband, einen eigenen Erfüllungsanspruch erlange. Das Gemeinschaftsinteresse gebiete eine solche Auslegung. Es gehöre also bereits der Anspruch auf Entrichtung der Beiträge zum Gesellschaftsvermögen. Aus dieser Auffassung lasse es sich zwanglos erklären, wieso neben der Gemeinschaft der Gesellschafter, vertreten durch den Geschäftsführer, auch die Beteiligten als einzelne auf Erfüllung klagen könnten. Sie seien eben als Versprechensempfänger dazu befugt³⁷⁾.

³⁰⁾ So Windscheid - Kipp aaO.

³¹⁾ S. hierzu Näheres unten S. 26 ff.

³²⁾ S. hierzu Fehrman S. 14—55.

³³⁾ Eine Zusammenstellung der einzelnen Begründungen findet sich schon bei Schumann DR 1942, 1670 ff.; vervollständigt und eingehend behandelt bei Fehrman S. 14 ff.

³⁴⁾ Vgl. den folgenden Abschnitt.

³⁵⁾ Vgl. S. 22 f.

³⁶⁾ Würdinger S. 48. Seiner Auffassung hat sich Fischer, Die actio pro socio teilweise angeschlossen, der aber anders als Würdinger den Gesellschaftsvertrag nicht als sog. Organisationsvertrag (Würdinger S. 42), sondern als gegenseitigen Vertrag zugunsten Dritter ansieht; vgl. dazu Fischer S. 9.

³⁷⁾ Würdinger aaO; zur Stellungnahme vgl. unten S. 50.

b) *Die Begründung durch entsprechende Anwendung der §§ 432, 2039 BGB (Reichsgericht)*

Das Reichsgericht³⁸⁾ versuchte die a.p.s. mit Hilfe der §§ 432, 2039 BGB zu begründen. Dabei ging es zwar zunächst nur von der Möglichkeit eines Personalgesellschafters aus, eine Gesellschaftsforderung gegen einen Dritten geltend zu machen. Als bald aber unterschied das Reichsgericht bei der Anwendung dieser Vorschriften nicht mehr danach, ob es sich um eine Forderung gegen einen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis handelte oder um eine Forderung der Gesellschaft gegen einen Dritten.

Diese Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde eingeleitet durch das Urteil des 6. Zivilsenats vom 9. 11. 1908³⁹⁾. Das Reichsgericht hatte sich mit der Klage eines BGB-Gesellschafters auseinanderzusetzen, der eine Forderung der Gesellschaft gegen einen Dritten geltend machte, wobei er auf Leistung an alle Gesellschafter klagte. Der erkennende Senat bejahte die Klagebefugnis des Gesellschafters und führte aus, jeder Gesellschafter könne die Leistung an alle Gesellschafter zusammen fordern, da damit der Gegenstand des Anspruchs dem gemeinsamen Zweck (§ 705 BGB) zugeführt werde. Seine rechtliche Begründung finde dieses Verlangen in der Vorschrift des § 432 BGB. Danach kann, wenn mehrere Nicht-Gesamtgläubiger eine unteilbare Leistung zu fordern haben, jeder Gläubiger die Leistung an alle verlangen. Wegen des Zweckes, der zur Folge habe, daß kein Gesellschafter über seinen Anteil verfügen und daß der Schuldner nur an alle Gesellschafter leisten könne, stelle sich die objektiv teilbare Leistung rechtlich als eine unteilbare dar. Die Vorschrift des § 2039 BGB, der fast wörtlich dem § 432 BGB entspreche, habe man als im Wesen der gesamten Hand begründet und schon in der allgemeinen Bestimmung des § 432 BGB enthalten angesehen; nur aus Zweckmäßigkeitsgründen habe man sie für die Erbengemeinschaft noch besonders im Gesetz ausgesprochen. § 2039 BGB enthalte keineswegs eine singuläre, auf die Erbengemeinschaft beschränkte Bestimmung; vielmehr träfen alle Erwägungen, die den Gesetzgeber hätten bestimmen können, den Grundsatz der Vermögensgebundenheit bei der Erbengemeinschaft zu durchbrechen, auch auf die sonstigen, dem Bürgerlichen Gesetzbuch bekannten Gesamtrechtsverhältnisse zu. Daher halte der erkennende Senat den im § 432 BGB im allgemeinen aufgestellten Grundsatz, daß bei unteilbarer Leistung jeder Berechtigte Leistung an alle Berechtigten fordern könne, auf das weitere dem BGB bekannte Rechtsgebilde der gesamten Hand, die Gesellschaft, selbst dann für anwendbar, wenn der Gegenstand der der Gesellschaft geschuldeten Leistung an sich ein teilbarer sei⁴⁰⁾.

Bereits in einer seiner nächsten Entscheidungen ließ das Reichsgericht erkennen, daß im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 432 BGB zwischen Ansprüchen der Gesellschaft gegen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis und solchen gegen Dritte kein Unterschied zu machen ist. In dem Urteil des Reichsgerichts vom 29. 4. 1911⁴¹⁾ wurde unter Hinweis auf die obige Entscheidung ausgeführt, daß „nach richtiger Ansicht auch ein einzelner Gesellschafter auf Grund des § 432 BGB die Leistung des Beitrags an alle Gesellschafter (an die Gesellschaftskasse) verlangen“ könne. Das Reichsgericht unterschied somit nicht mehr nach der verschiedenen Herkunft der Forderungen, sondern behandelte sie allein nach ihrer gemeinsamen Zweck-

³⁸⁾ Eingehende Darstellung der RG-Rspr. bei Fehrmann S. 35 ff.

³⁹⁾ RGZ 70, 32 (33) = JW 1909, 49 Nr. 13 = Recht 1909 Nr. 254. Die Vorschrift des § 432 BGB wird im Zusammenhang mit der Begründung der a.p.s. schon bei Crome S. 775 erwähnt.

⁴⁰⁾ RG aaO.

⁴¹⁾ RGZ 76, 276 (280) = JW 1911, 647.

bestimmung. Denn beide Forderungen haben gemeinsam, daß sie der Gesellschaft zustehen und nur durch Leistung an diese befriedigt werden können. Der Unterschied besteht nur in der Anspruchsgrundlage: Diese ist das Gesellschaftsverhältnis, wenn es sich um einen Anspruch hieraus gegen einen Gesellschafter handelt; bei dem Anspruch gegen einen Dritten bildet sie irgendein anderer Verpflichtungsgrund.

Später schränkte das Reichsgericht die dem Einzelgesellschafter mit § 432 BGB eröffnete Klagemöglichkeit wieder ein. Bei der Klage eines Gesellschafters einer OHG im eigenen Namen gegen einen Dritten auf Erfüllung eines Anspruchs der Gesellschaft an diese⁴²⁾ kam das Reichsgericht zu dem Ergebnis, daß zwar bei Gesamthandsverhältnissen, bei denen die Geschäftsführung und Vertretung nicht durch Gesetz oder Vertrag anders geregelt seien, jeder einzelne Leistung an alle fordern könne; daß dies aber für Gesellschaften, wenn überhaupt, so jedenfalls nur dann gelte, wenn die Führung der Geschäfte gemäß § 709 BGB allen gemeinschaftlich zustehe; daß es aber nicht gelte für Gesellschaften, für welche die Geschäftsführung und Vertretung durch besondere Gesetzesvorschriften oder Verträge anders geregelt seien, und daß es deshalb sicherlich nicht für die OHG gelte, für die eine genaue, zum Teil auch zwingende Regelung dieser Punkte bestehe⁴³⁾.

In einer weiteren Entscheidung⁴⁴⁾ bejahte das Reichsgericht das Klagerecht eines Gesellschafters gegen einen anderen Gesellschafter auf Leistung von Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis auch während der Liquidation der Gesellschaft und hob hervor, daß RGZ 86, 66 keinen Ausschluß der a.p.s. bedeutet habe. Als Grundlage des Klagerechts des Gesellschafters wurde dabei, wenn auch nicht ausdrücklich, § 432 BGB angesehen.

Im Urteil vom 26. 10. 1917⁴⁵⁾, bei dem es sich um den Anspruch auf Rechnungslegung bei einer in Liquidation befindlichen OHG handelte, führte das Reichsgericht aus, der einzelne Gesellschafter hätte zwar auf Rechnungslegung klagen können, wenn der beklagte frühere Liquidator selbst Gesellschafter wäre. „Die Klage würde sich dann als a.p.s. darstellen; es würde der Grundsatz des § 705 BGB zur Geltung kommen, wonach jeder Gesellschafter von jedem anderen Erfüllung an das Ganze fordern kann“⁴⁶⁾.

Kurze Zeit später wandte das Reichsgericht⁴⁷⁾ die Vorschrift des § 432 BGB wieder nur für Gesellschaftsforderungen gegen Dritte an. Die damit vollzogene Unterscheidung zwischen Ansprüchen gegen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis und solchen gegen Dritte wurde — mit Ausnahme des Urteils des Reichsgerichts vom 18. 1. 1918⁴⁸⁾ — in der Folgezeit beibehalten: §§ 432, 2039 BGB wurden nur noch auf Gesellschaftsforderungen gegen Dritte angewandt⁴⁹⁾.

Der Bundesgerichtshof führte diese Rechtsprechung des Reichsgerichts fort. Aus § 432 BGB leitete er weiterhin das Recht des Einzelgesellschafters ab,

⁴²⁾ Urt. des 2. ZS v. 27. 11. 1914 = RGZ 86, 66 = JW 1915, 273 Nr. 2 = SeuffA 71, 72 Nr. 43.

⁴³⁾ RG aaO.

⁴⁴⁾ Urt. des 2. ZS v. 8. 6. 1917 = RGZ 90, 300 (301) = JW 1917, 904 Nr. 8 mit zust. Anm. v. Hachenburg.

⁴⁵⁾ Urt. des 2. ZS v. 26. 10. 1917 = RGZ 91, 34 = JW 1918, 41 Nr. 18.

⁴⁶⁾ RG aaO S. 36.

⁴⁷⁾ Urt. des 2. ZS v. 23. 11. 1917 = RGZ 91, 162 (163).

⁴⁸⁾ LZ 1918, 764 = Warn 1918, 82 Nr. 33.

⁴⁹⁾ In RGZ 98, 298 (301) wird die a.p.s. ohne Begründung für zulässig erklärt; vgl. ferner RGZ 100, 165 und RG JW 1935, 3298 mit im Ergebnis zust. Anm. v. Lehmann. — Neuerdings wird die Ansicht des RG, auch die a.p.s. durch Analogie zu §§ 432, 2039 BGB zu begründen, wieder von Palandt - Gramm § 705 Anm. 7 a vertreten (seit der 20. Aufl.). Das in diesem Zusammenhang zitierte Urteil BGH NJW 1960, 433 gibt allerdings m. E. dazu keinen Anlaß, da der BGH die a.p.s. in dieser Entsch. aus dem Gesellschaftsvertrag begründet.

im eigenen Namen eine Gesellschaftsforderung gegen einen Dritten auf Leistung an die Gesellschaft geltend zu machen⁵⁰). In Fällen der a.p.s. begnügte sich der Bundesgerichtshof mit einem kurzen Hinweis auf den Gesellschaftsvertrag als Quelle dieses Rechts des Gesellschafters, indem er die a.p.s. als „gesellschaftsvertraglichen Anspruch“ zwischen zwei Partnern des Gesellschaftsvertrags kennzeichnete⁵¹).

c) *Die Begründung durch entsprechende Anwendung des § 744 Absatz 2 BGB (Palandt - Gramm)*

Gramm im Kommentar von Palandt⁵²) vertrat lange Zeit die Ansicht, daß zur Begründung der a.p.s. die analoge Anwendung des § 744 II BGB der Rechtsprechung des Reichsgerichts vorzuziehen sei. Nach dieser Vorschrift ist jeder Teihaber einer Gemeinschaft berechtigt, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teihaber zu treffen. Diese Auffassung, für die eine Begründung nicht gegeben wurde, wird nicht mehr vertreten.

d) *Die Begründung aus dem Gesellschaftsvertrag gemäß § 705 BGB*

Der überwiegende Teil des Schrifttums⁵³) meint, die a.p.s. nur aus dem Gesellschaftsrecht selbst befriedigend begründen zu können. Bei den bisher dargestellten Begründungen wird insbesondere gerügt, daß man sich — wie besonders die Rechtsprechung des Reichsgericht zeige — im ganzen gesehen vorwiegend auf schuldrechtliche „Konstruktionen“ beschränkt und sich sehr wenig darum bemüht habe, die Dinge aus den Bedürfnissen und der Interessenlage beim Gesellschaftsverhältnis selbst zu beantworten⁵⁴).

Ausgangspunkt ist § 705 BGB, wonach sich die Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, vor allem die vereinbarten Beiträge zu leisten. Bereits O. v. Gierke hat festgestellt, daß notwendige Folge der bei der Gesellschaft begründeten Vermögensgemeinschaft die Unterscheidung von Gesamtrecht und Sonderrecht innerhalb des Gesellschaftsrechts sei und einzelne Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Einheit gegen den einzelnen Gesellschafter entstehen müßten. Wo derartige einerseits in die Gemeinsphäre und andererseits in eine gesellschaftliche Sondersphäre fallende Rechtsbeziehungen unter den Gesellschaftern in Frage kämen — wie im Falle der Beitragspflicht —, erscheine die kollektive Einheit als berechtigt gegen ihren Teihaber. Die Vorstellung eines Rechtsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter lasse sich aber

⁵⁰) Vgl. BGHZ 12, 308 (313) = NJW 1954, 1159 = L/M § 709 BGB Nr. 1 mit Anm. v. Fischer; BGHZ 17, 340 = NJW 1955, 1393 = L/M § 432 BGB Nr. 2 mit Anm. v. Fischer; neuestens und noch weiter einschränkend BGH NJW 1963, 641 ff. mit kritischer Anm. v. Ganssmüller. Festzuhalten ist, daß die Anwendbarkeit des § 432 BGB auf Gesamthandsverhältnisse für möglich erachtet und damit die „rechtliche Unteilbarkeit“ der Gesamthandsforderung i. S. der Rspr. des RG bejaht wird.

⁵¹) Vgl. BGHZ 10, 91 (101) = NJW 1953, 1217 = GmbHR 1953, 122 mit Anm. v. Schneider = L/M § 145 HGB Nr. 3 mit Anm. v. Fischer; s. ferner BGHZ 25, 47; NJW 1960, 433; 964.

⁵²) Palandt - Gramm (19. Aufl.) § 705 Anm. 7 a (erstmalig in der 6. Aufl.); aufgegeben seit der 20. Aufl.; vgl. im übrigen oben Anm. 49. — Zu der Frage: § 744 II BGB als Grundlage der Einzelklagebefugnis bei Gesellschaftsforderungen gegen Dritte vgl. Ganssmüller DB 1954, 860 sowie Anm. zu BGH NJW 1963, 641 ff.; a. A. Diederichsen, MDR 1963, 632 (634/5).

⁵³) Sammeck S. 76; Hueck, OHG S. 189; Schumann DR 1942, 1670 (1673); Fehrmann S. 21 ff.; Staud. - Kessler § 705 Anm. 59; Schlegelberger - Gessler § 109 Anm. 4; Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84 u.v.a.

⁵⁴) Schumann aaO.

durch die Vorstellung gegenseitiger Rechte und Pflichten der Gesellschafter ersetzen⁵⁵⁾).

Davon ausgehend nehmen viele an, daß sich der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag nach zwei Richtungen verpflichtet: einmal gegenüber den anderen Gesellschaftern als vertraglich Mitbeteiligten, zum anderen gegenüber der Gesamthand, zu der er selbst gehört⁵⁶⁾. Die Verpflichtung gegenüber der Gesamthand erfüllt die notwendige Forderung nach deren Gläubigerschaft an den Beitragsansprüchen⁵⁷⁾ und begründet ihr Recht, die Leistung zu verlangen. Dies wäre nicht möglich, wenn man eine rein „gegenseitige“ Verpflichtung der Gesellschafter annähme. Andererseits wäre aber auch wegen des Wortlauts des § 705 BGB eine ausschließliche Verpflichtung gegenüber der Gesamthand undenkbar. Die „gegenseitige“ Verpflichtung der Gesellschafter sei nur dahin zu verstehen, daß sich der einzelne im Gesellschaftsvertrag verpflichte, an seine Mitgesellschafter in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Gesamthandsverbandes eine Leistung zu erbringen. Die Befugnis zur a.p.s. ergebe sich aus der Eigenart des Gesellschafters als Vertragspartei des Gesellschaftsvertrages und dem sich daraus ergebenden Anspruch auf Erfüllung des Gesellschaftsvertrages⁵⁸⁾. Hueck⁵⁹⁾ begründet die Einzelklagebefugnis damit, daß die Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichten, daß also die Leistungen aus dem Gesellschaftsverhältnis jedem einzelnen Gesellschafter versprochen würden. Dem ist zuzustimmen, wenn es unter der Einschränkung gilt, daß die Leistung den anderen „als Mitgliedern des Gesamthandsverbandes“ versprochen ist.

Als Ergebnis dieser Ansichten ist festzuhalten: Die Grundlage des Rechts des Einzelgesellschafters, gegen einen oder mehrere Mitgesellschafter auf Erfüllung der Sozialansprüche an die Gesellschaft zu klagen, wird ausschließlich im Gesellschaftsverhältnis selbst gesehen. Diese Auffassung hat inzwischen auch verschiedentlich die Zustimmung der Gerichte gefunden. Hat schon das Reichsgericht sich manchmal allein mit einem Hinweis auf § 705 BGB, also auf den Gesellschaftsvertrag -begnügt⁶⁰⁾, so spricht nun der Bundesgerichtshof — ebenfalls ohne nähere Begründung — von der a.p.s. nur noch als dem „gesellschaftsvertraglichen Anspruch“, der jedem Gesellschafter als Partner des Gesellschaftsvertrages gegen einen Mitgesellschafter als einen anderen Partner des Gesellschaftsvertrages zustehe⁶¹⁾.

II. Die actio pro socio als Ausdruck eines allgemeinen Grundgedankens des Gesamthandsrechts

1. Das Personalgesellschaftsrecht

Die Zulässigkeit der a.p.s. wird allgemein anerkannt für das Personalgesellschaftsrecht, also für die BGB-Gesellschaft, die OHG und die KG. Unbestritten ist, daß sie dem einzelnen Mitglied einer solchen Gesellschaft die

⁵⁵⁾ Genossenschaftstheorie S. 530/532.

⁵⁶⁾ Cosack, BGB S. 452; Esser S. 726; Schumann aaO; Fehrmann S. 28 ff. u.a.m.

⁵⁷⁾ Näheres hierzu unten S. 48 f.

⁵⁸⁾ Weipert in HGB-RGRK § 124 Anm. 36; ähnlich Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84 sowie Hueck, Gesellschaftsrecht S. 32; vgl. auch Fehrmann S. 28: „Die gegenseitige Verpflichtung begründet das Einzelklagerecht, die Verpflichtung gegenüber der Gesamthand erklärt den Klageantrag.“

⁵⁹⁾ Hueck, OHG S. 189.

⁶⁰⁾ So z. B. RGZ 91, 162 (163).

⁶¹⁾ BGH NJW 1960, 964; daß der BGH anders als das RG einen eigenen materiellen Anspruch des einzelnen Gesellschafters annimmt, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, da dies nichts mit der Begründung der a.p.s. zu tun hat.

Möglichkeit gibt, gegen einen oder mehrere Mitgesellschafter bestimmte gesellschaftsrechtliche Ansprüche zu verfolgen. Kommt es zum Prozeß, so muß es sich also bei den Parteien um mindestens zwei Mitglieder ein und derselben Gesellschaft handeln.

Eine Gesellschaft ist ein vertraglicher Zusammenschluß mehrerer Einzelpersonen zur Erreichung gemeinsamer Ziele (§ 705 BGB). Denn es gibt neben den besonderen Zielen der einzelnen gemeinsame Zwecke, die sich durch das Zusammenwirken mehrerer leichter oder überhaupt erst verwirklichen lassen⁶²⁾ ⁶³⁾. Grundform der Personalgesellschaften ist die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 705 ff. BGB geregelt hat und auf der die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft aufbauen (§§ 705 BGB, 105 II, 161 II HGB). Wegen der Einheitlichkeit der Grundlagen des Personalgesellschaftsrechts können auch die Untersuchungen über die a.p.s. für diese drei Gesellschaften gemeinsam durchgeführt werden⁶⁴⁾.

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und damit auch die OHG und die KG sind beherrscht vom sogenannten Prinzip der „gesamten Hand“⁶⁵⁾. Das Gesamthandsprinzip ist deutsch-rechtlicher Herkunft⁶⁶⁾. Wenn es auch nicht im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist, so hat es doch in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen unzweideutig seinen Niederschlag gefunden⁶⁷⁾.

Den Vorschriften des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch über die Gesellschaft lag noch die gemeinrechtliche Auffassung vom Begriffe und Wesen der Sozietät zugrunde: der Gesellschaftsvertrag erzeugte nur ein obligatorisches Verhältnis unter den Gesellschaftern; ein rechtlich selbständiges Gesellschaftsvermögen im eigentlichen Sinne gab es nicht. Vielmehr gab es bestimmte quotenmäßige Anteile des einzelnen Gesellschafters an den gemeinschaftlichen Gegenständen, über die er formell zu verfügen berechtigt war und in die seine Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben konnten⁶⁸⁾. Dieses rein obligatorische Prinzip wurde aber nicht lückenlos durchgeführt, sondern dadurch gemildert, daß nach § 644 des Entwurfs die aus dem Gesellschaftsvertrag einem Gesellschafter gegen die übrigen Gesellschafter zustehenden Forderungen nicht übertragbar sein sollten⁶⁹⁾. Außerdem wurde in § 645

⁶²⁾ Statt aller: Enn. - Lehmann S. 723.

⁶³⁾ Eine gemeinsame Zweckverfügung ist auch durch Zusammenschluß mehrerer zu einem Verein möglich, der aber im Gegensatz zur Gesellschaft körperschaftlich organisiert und von einem Mitgliederwechsel unabhängig ist (vgl. Enn. - Nipperdey, 1. Halbbd. S. 621 und RGZ 143, 212 (213)). Wegen dieses körperschaftlichen Elements des Vereins, dem also das personenrechtliche Element der Gesellschaft fehlt, ist hier auch keine a.p.s. möglich; vgl. Ganssmüller, DB 1954, 860 Anm. 3. (Vgl. aber z. B. Minderheitsrechte bei der AG (§§ 84 IV, 3, 122 I, 1 AktG), deren Funktion der der a.p.s. vergleichbar ist; Hueck, OHG S. 193 Fußn. 21; ders., ZAKDR 1944, 103 ff.; ders., JZ 1957, 626).

Das für den Verein allgemein Gesagte gilt auch für den nichtrechtsfähigen Verein, der in zunehmendem Maße durch die Rspr. an den rechtsfähigen Verein angeglichen wird, daher trotz § 54, 1 BGB keineswegs als Gesellschaft anzusehen ist; vgl. zu der Entwicklung Boehmer, Grundlagen S. 166 ff.; ferner Habscheid, AcP 155, 375 ff. — Hinsichtlich der Frage der Einzelklage beim nichtrechtsfähigen Verein s. a. Hempfing JW 1929, 2122.

⁶⁴⁾ Auf Abweichungen wird besonders hingewiesen.

⁶⁵⁾ Der Streit um die Rechtsnatur der Personalgesellschaften kann als ausgetragen angesehen werden; vgl. statt vieler Staud. - Kessler Vorbem. 4, 42 a ff. vor § 705; Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 23 und die dort angegebenen Literaturhinweise.

⁶⁶⁾ OHG und KG waren allerdings schon vor dem Erlaß des BGB als Gesamthandsgemeinschaften ausgestaltet; s. hierzu O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht III S. 833/4; RGZ 32, 398 (399).

⁶⁷⁾ Vgl. §§ 717, 719, 738 BGB.

⁶⁸⁾ Mot. II S. 591.

⁶⁹⁾ Prot. II S. 429.

dem einzelnen Gesellschafter die Verpflichtung auferlegt, über seinen Anteil an den Teilen des Gesellschaftsvermögens nicht zu verfügen und der Anspruch auf Teilung ausgeschlossen⁷⁰⁾.

Dagegen hat die Gestaltung der Verhältnisse nach dem Grundsatz der gesamten Hand neben den obligatorischen auch dingliche Wirkungen, da die in die Gemeinschaft gelangenden Vermögensstücke unmittelbar ihrem Zwecke dienstbar gemacht werden, indem aus ihnen ein selbständiges Gesellschaftsvermögen gebildet wird. Verfügungen über Teile dieses Vermögens sind nur gemeinschaftlich möglich⁷¹⁾.

Die Kommission hat sich für das Prinzip der gesamten Hand entschieden; die Möglichkeiten der Konstruktion wurden dabei ausdrücklich offen gelassen⁷²⁾. Folgende Gründe sah man als wesentlich für die Gestaltung der Gesellschaftsverhältnisse nach dem Prinzip der gesamten Hand an⁷³⁾:

Die gesamthänderische Bindung ermöglicht die Schaffung eines gemeinschaftlichen Gesellschaftsvermögens als reale Sicherheit zur Verhütung von Verfügungen des einzelnen Gesellschafters über seine Anteile an den Vermögensstücken und damit die Sicherstellung der ungestörten Verfolgung des Gesellschaftszweckes⁷⁴⁾. Darüber hinaus machte man geltend, daß sich innerlich die Gesellschafter durch die Bestimmung des § 645 auch nach dem Entwürfe so gegenüberstünden wie bei Einführung des Prinzips der gesamten Hand, und nur nach außen herrsche volle Verfügungsfreiheit. Es sei eine Schwäche des Gesetzgebers, den Gesellschaftern die tatsächliche Macht zu Verfügungen einzuräumen, die zu unterlassen er ihnen zur Pflicht mache⁷⁵⁾. Demgegenüber müßten die Nachteile des Prinzips der gesamten Hand, daß nämlich die innere Organisation der Gesellschaft nicht nach außen hervortrete und ein Schuldner in Verlegenheit geraten und die Prüfung der Legitimation Schwierigkeiten machen könne, in Kauf genommen werden.

Das Schrifttum hat sich — entsprechend der Erwartung des Gesetzgebers — in weitem Umfange um die rechtsdogmatische Gestaltung des Gesamthandprinzips bemüht. Was die Konstruktion der gesamten Hand angeht, so soll aber auf die zahlreichen Versuche⁷⁶⁾ in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen, sondern mit der sogenannten Theorie der „ungeteilten Gesamthandsberechtigung“ die wohl herrschende Auffassung⁷⁷⁾ zugrundegelegt werden. Danach ist „während der Dauer des Gesamthandsverhältnisses eine unmittelbare Mitberechtigung jedes Gesellschafters an jedem Gegenstande des Gesellschaftsvermögens, jedoch ohne quotenmäßige Rechtsteilung anzunehmen. Jeder Gesellschafter ist durch die Konkurrenz der anderen in seiner Berechtigung beschränkt, ohne daß aber während der Dauer der Gesellschaft eine Sonderzuständigkeit zu rechnerisch bestimmten Quoten existiert. Vielmehr besteht an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens eine ungeteilte Gesamtzuständigkeit aller Gesellschafter“⁷⁸⁾.

⁷⁰⁾ Vgl. dazu auch Prot. II S. 430/1.

⁷¹⁾ Prot. II S. 429.

⁷²⁾ Vgl. Prot. aaO; die Entscheidung der wissenschaftlichen Frage nach dem Wesen der gesamten Hand sollte der Rechtsentwicklung durch Lehre und Rspr. überlassen bleiben.

⁷³⁾ Prot. aaO.

⁷⁴⁾ Vgl. hierzu auch die Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches S. 87: „Insbesondere gewährt der Grundsatz der gesamten Hand Schutz gegen die Gefahr, daß durch Verfügungen einzelner Gesellschafter oder ihrer Gläubiger das Gesellschaftsvermögen seiner Bestimmung beliebig entzogen und damit die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes vereitelt wird.“

⁷⁵⁾ Prot. II S. 429.

⁷⁶⁾ Vgl. hierzu die eingehende Darstellung von Buchda S. 193 ff.

⁷⁷⁾ Vgl. statt vieler Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 23; Kaufmann S. 45 ff.; Staud. - Kessler Vorbem. 43 c vor § 705 mit Literaturhinweisen.

⁷⁸⁾ Geiler aaO; wörtlich übereinstimmend Staud. - Kessler aaO.

Diese Theorie kann nicht so verstanden werden, daß keine unmittelbare Berechtigung jedes einzelnen Gesellschafters an jedem einzelnen Vermögensgegenstande im Sinne eines Anteils bestünde. Der vielfach vertretenen Auffassung, daß bei der Gesellschaft dem einzelnen Mitglied überhaupt nur ein Anteil an dem ganzen Sondervermögen, nicht aber an den einzelnen Gegenständen zukomme, steht § 719 I BGB entgegen, der solche Anteile gerade voraussetzt⁷⁹⁾. Auch die Logik verlangt die Annahme solcher Anteile: Da die Gesellschaft keine juristische Person ist, müssen die Rechte an den einzelnen Gütern den Gesellschaftern zustehen⁸⁰⁾. Es ist aber unvorstellbar, wie der Gesamthänder am gesamten Sondervermögen beteiligt sein soll, wenn er nicht an einem einzigen Vermögensgegenstand unmittelbar berechtigt ist⁸¹⁾. Die Rechtsgemeinschaft ist begrifflich nichts anderes als die Zusammenfassung unselbständiger gleichartiger Rechtsteile zu der einen Zuständigkeitsform eines gemeinschaftlichen Rechts nach einer bestimmten Gemeinschaftsordnung⁸²⁾. Rechtsträger bei der Gesamthandsgemeinschaft ist die Gesamtheit ihrer Mitglieder in ihrer Verbundenheit „als Gesellschafter“⁸³⁾. Die Gesellschafter in dieser ihrer Verbundenheit bilden das, was man als „die Gesellschaft“ bezeichnet, allerdings nicht als ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt im Gierkeschen Sinne⁸⁴⁾; nicht einzelne, sondern zusammen; nicht jeder, sondern alle; nicht mehrere, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter ist Träger von Rechten und Pflichten⁸⁵⁾. Das ist gemeint, wenn man davon spricht, daß „die Gesellschaft“ irgendwelche Rechte habe oder in irgendeiner Weise verpflichtet sei und das ist auch gemeint, wenn Blomeyer sagt, in diesem Sinne könnte man die gemeinschaftlich Berechtigten als „den Inhaber des Anspruchs“ ansehen⁸⁶⁾. In diesem Sinne ist es auch zu verstehen, wenn man etwa „die Gesellschaft“ als „Eigentümerin“ bezeichnet.

Die Gesellschaft kommt zustande durch den Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB), der eine „sozialrechtliche Vereinbarung über ein genossenschaftliches Zusammenwirken im Dienste eines gemeinsamen Zweckes“ ist⁸⁷⁾. Diese Vereinbarung erzeugt im Verhältnis der Gesellschafter untereinander vielerlei Rechtsbeziehungen. So verpflichten sich z. B. die einzelnen Gesellschafter zu bestimmten Leistungen. Einer derartigen Verpflichtung entspricht auf der anderen Seite eine Berechtigung. Mit der a.p.s. kann der einzelne bestimmte solcher Ansprüche geltend machen; darin liegt für ihn eine gewisse Garantie, daß der vereinbarte Zweck auch wirklich erfüllt oder zum mindesten in angemessener Weise verfolgt wird. Daraus folgt aber auch andererseits die Einschränkung, daß sein Verlangen immer nur dieses Ziel, nämlich Verwirklichung des vereinbarten Gesellschaftszweckes, haben darf.

⁷⁹⁾ Vgl. Staud. - Kessler Vorbem. 43 a vor § 705; Larenz, Besonderer Teil S. 280.

⁸⁰⁾ Staud. - Kessler aaO.

⁸¹⁾ Erman - Bartholomeyczik § 2033 Anm. 2; vgl. auch Staud. - Lehmann § 2032 Anm. 8.

⁸²⁾ Staud. - Lehmann aaO.

⁸³⁾ Larenz aaO.

⁸⁴⁾ Das würde notwendigerweise dazu führen, die Gesellschaft als juristische Person anzusehen; vgl. Larenz, Rechtsgemeinschaft S. 154.

⁸⁵⁾ Heinsheimer S. 30.

⁸⁶⁾ Blomeyer AcP 159, 385 ff. (403).

⁸⁷⁾ Enn. - Lehmann S. 731/2. Der Gesellschaftsvertrag ist ein schuldrechtlicher, aber kein gegenseitiger Vertrag i.S. der §§ 320 ff. BGB, da kein Leistungsaustausch, sondern eine Leistungsvereinigung zu gemeinsamem Zweck stattfindet. Das wird zu Recht in zunehmendem Maße angenommen; vgl. Enn. - Lehmann S. 723, der im übrigen den von Würdinger (S. 42) geprägten Ausdruck „Organisationsvertrag“ billigt. Esser (S. 717) nennt den Gesellschaftsvertrag einen „Kooperativvertrag“ (in der 1. Aufl. S. 400 „Kollaborativvertrag“). Vgl. zur Abgrenzung auch Beyerle S. 17/8. Die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrags wird weiter verneint von Siber, Grundriß des Schuldrechts S. 402 ff.; Müller - Erzbach, Handelsrecht S. 179; Larenz, Besonderer Teil S. 272; Boehmer, Einführung S. 262; Titzte S. 190 u.a.m.

Die Personalgesellschaft ist im Gegensatz zum rechtsfähigen Verein keine juristische Person, wie dies früher, insbesondere für die offene Handelsgesellschaft, verschiedentlich angenommen wurde⁸⁸⁾, sondern eine individualistisch-schuldrechtlich bestimmte Personenorganisation⁸⁹⁾. Insoweit entspricht sie der römischen *societas*. Dennoch hat die Gesellschaftsgründung auch dingliche Wirkung, insofern nämlich, als ein vom Privatvermögen der einzelnen Genossen getrenntes Sondervermögen, das Gesellschaftsvermögen, entsteht. Dieses Gesellschaftsvermögen, das in der Hauptsache aus den Beiträgen der Gesellschafter und den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen besteht (vgl. § 718 I BGB), tritt aus der Sondersphäre des Einzelmitgliedes heraus und wird zu einem geschlossenen, dem Zwecke der Gesellschaft dienenden Sondervermögen⁹⁰⁾. Die Zweckgebundenheit des Vermögens der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und damit auch der Handelspersonalgesellschaften zeigt sich deutlich daran, daß das Einzelmitglied im Gegensatz zu der Bruchteilsgemeinschaft⁹¹⁾ über seinen Anteil an den Gesellschaftsvermögen und den einzelnen dazugehörenden Gegenständen nicht verfügen kann (§ 719 I BGB). Dies ist das besondere Merkmal der Gesamthandsberechtigung, das auch bei der Erbengemeinschaft in der Bestimmung des § 2033 II BGB — die dem § 719 I BGB wörtlich entspricht — seinen Niederschlag gefunden hat. Das Mitglied einer Gesamthandsgemeinschaft ist somit eine gespaltene Rechtsperson⁹²⁾; sein Vermögen zerfällt in zwei gesonderte Bestandteile: der eine ist der Privatdisposition unterworfen, der andere durch das Gemeinschaftsverhältnis gebunden.

Infolge der Bildung des Gesamthandsvermögens kann die „Gesellschaft“, was bisher unterstellt wurde, Rechte und Pflichten haben, ohne eine juristische Person zu sein. Die Selbständigkeit des durch den Gesellschaftszweck gebundenen Sondervermögens ermöglicht es ferner, daß zwischen der Gesellschaft und ihren eigenen Mitgliedern als Trägern ihres Privatvermögens obligatorische Rechtsbeziehungen bestehen können, so daß ein Gesellschafter auf der einen Seite Schuldner der Gesellschaft und zugleich auf der anderen Seite Gläubiger mit den anderen Gesellschaftern zusammen ist, ohne daß dieser Umstand den Untergang der Forderung durch Konfusion herbeiführen würde⁹³⁾; denn Gläubiger und Schuldner sind hier in Wahrheit nicht identisch, da der Anspruch auf das Geschuldete der Gesamtheit der Gesellschafter zur gesamten Hand zusteht⁹⁴⁾.

Die Gesellschafter bilden mithin eine Zweckgemeinschaft, die, obwohl sie keine juristische Person ist, nicht nur nach außen, sondern auch nach innen Selbständigkeit aufweist⁹⁵⁾. Die Gesamthandsgemeinschaft ist somit ein Zwischengebilde zwischen der römischen *societas* als rein schuldrechtlichem Band unter den Gesellschaftern⁹⁶⁾ und der juristischen Person, bei der der körperschaftlich organisierte Personenverband als solcher selbständiger und alleiniger Rechtsträger ist.

⁸⁸⁾ So namentlich Wieland S. 396 ff.; vgl. im übrigen hierzu Hueck, OHG S. 23. Bei der OHG ist allerdings infolge des § 124 I HGB, wonach sie unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden kann, eine starke Tendenz zur juristischen Person nicht zu verkennen.

⁸⁹⁾ Vgl. Esser S. 710.

⁹⁰⁾ Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 20.

⁹¹⁾ Vgl. § 747, 1 BGB: Jeder Teilhaber kann über seinen Anteil (an dem gemeinschaftlichen Gegenstände) verfügen.

⁹²⁾ Bartholomeyczik S. 223.

⁹³⁾ Gogos S. 27; Philipp S. 15; Knoke S. 98.

⁹⁴⁾ Vgl. dazu Flechtheim, LZ 1914, 1260 ff.

⁹⁵⁾ Gogos aaO.

⁹⁶⁾ Regelmäßig war diese ohne Gesellschaftsvermögen. Soweit aber im Einzelfall ein Gesellschaftsvermögen vorhanden war, bestand daran Bruchteilseigentum, vgl. Kaser, Studienbuch S. 173/174.

Die im Schrifttum herrschende Meinung hält die a.p.s., d. h. die Klage eines Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für zulässig, und zwar unabhängig davon, ob der klagewillige Gesellschafter geschäftsführungsbefugt und vertretungsberechtigt ist oder nicht. Infolge der gesetzlichen Verweisungen der §§ 105 II, 161 II HGB gelten diese anerkannten Grundsätze ebenso für die Außengesellschaften des Handelsrechts. Somit ergeben sich als Anwendungsgebiete für die a.p.s. die Personalgesellschaften.

Als im eigenen Namen erhobene Klage eines einzelnen Gesamthänders steht die a.p.s. im Gegensatz zu der vom vertretungsberechtigten Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft erhobenen Gesamthandsklage⁹⁷⁾. Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit eine der a.p.s. vergleichbare „Gesamthänderklage“ auch bei anderen Personenvereinigungen möglich ist.

2. Das übrige Gesamthandsrecht

Durch die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft wird zumindest ein Teil des Vermögens einer Person für den Gesellschaftszweck dinglich gebunden. Eine freie Verfügung über diesen Vermögensteil ist infolgedessen nicht mehr in der Weise möglich wie hinsichtlich des sonstigen Vermögens. Der Gesellschafter hat sich zwar freiwillig in diese Bindung begeben, aber doch nur, um bestimmte Ziele zu erreichen. Wenn andere Gesellschafter den gemeinsamen Zweck nicht wie vereinbart verfolgen, indem sie ihre Pflichten, die sie beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages übernommen haben, nicht richtig erfüllen, so könnte der Gesellschafter ohne die Möglichkeit der a.p.s. seine Genossen nicht zu ordnungsgemäßer Verfolgung des Gesellschaftszweckes anhalten. Er könnte zwar regelmäßig aus der Gesellschaft ausscheiden und seine Einlage zurück- erhalten; dann aber wäre für ihn das Ziel, das er mit dem Eintritt in die Gesellschaft zu erreichen hoffte, häufig überhaupt nicht mehr zu verwirklichen. Die a.p.s. hilft somit dem Gesellschafter, die gesamthänderische Bindung zu überwinden, um sein eigenes Interesse wahren zu können⁹⁸⁾.

Die gleiche Problemlage kann sich für den einzelnen Gesamthänder auch bei den anderen dem bürgerlichen Recht bekannten Gesamthandsgemeinschaften, der ehelichen Gütergemeinschaft und der Miterbengemeinschaft ergeben.

a) *Eheliche Gütergemeinschaft*

Im Familienrecht in der bis zum 30. 6. 1958 geltenden Fassung konnten die Ehegatten durch Ehevertrag die sogenannte allgemeine Gütergemeinschaft vereinbaren, wodurch das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut) wurden (§§ 1432, 1437, 1438 I, 1 BGB a. F.); es entstand eine Gemeinschaft zur gesamten Hand⁹⁹⁾. Davon getrennt blieben Sondergut (§ 1439, 1 BGB a. F.) und Vorbehaltsgut (§ 1440 BGB a. F.) beider Ehegatten. Auch hier bestanden somit, wie bei der Gesellschaft, getrennte Vermögensmassen, zwischen denen — obwohl ihre Träger identisch waren — Rechtsbeziehungen bestehen konnten, also etwa Ansprüche des Gesamtgutes an das Vorbehaltsgut eines Ehegatten und umgekehrt. Die typische Problemstellung verdeutlicht eine Entscheidung des OLG Hamburg¹⁰⁰⁾ in einem Rechtsstreit, dessen Parteien in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Eheleute waren: „Da der Kläger aus dem Gesamtgut Kostenvorschüsse für die Beklagte geleistet hat, so muß diese, deren

⁹⁷⁾ Vgl. Staud. - Kessler § 705 Anm. 56.

⁹⁸⁾ S. dazu auch Hueck, OHG S. 189/190.

⁹⁹⁾ RGZ 129, 120; vgl. auch § 1442 BGB a. F.

¹⁰⁰⁾ OLG 14, 228.

Scheidungsklage abgewiesen wurde, den unstreitigen Betrag nebst Zinsen zum Gesamtgut zurückerstatten, soweit ihr Vorbehaltsgut reicht (§ 1467 I BGB a. F.).“ Hier konnte der Ehemann während bestehender Gütergemeinschaft gegen die Ehefrau etwas einklagen, was diese aus ihrem Vorbehaltsgut dem Gesamtgut schuldete. Ein weiteres anschauliches Beispiel ist der Fall, daß die Ehefrau aus dem Gesamtgut ein Darlehen zu ihrem Vorbehaltsgut erhalten hat, das sie jetzt zurückzahlen soll.

Auf die Ähnlichkeit der Rechtslage in diesen Fällen mit der a.p.s. hat bereits Heinsheimer¹⁰¹⁾ hingewiesen. In der Tat ist die Klage des Ehemannes gegen die Ehefrau während bestehender Gütergemeinschaft der a.p.s. vergleichbar; wie bei der a.p.s. konnte der Ehemann gegen die Ehefrau im eigenen Namen klagen. Dies ergibt sich aus § 1443 BGB a. F., der den Mann berechtigte und verpflichtete¹⁰²⁾, Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut bezogen, im eigenen Namen zu führen. Er konnte dabei auf Leistung an sich klagen, mußte aber in dem Klageantrag erkennen lassen, daß er ein zum Gesamtgut gehörendes Recht geltend machte¹⁰³⁾.

Das Gleichberechtigungsgesetz hat diesen Güterstand in seinen wesentlichen Grundzügen bestehen lassen (vgl. §§ 1415 ff. BGB n. F.)¹⁰⁴⁾. Nur sind jetzt zwei typische Fälle zu unterscheiden: Gemäß § 1421 BGB sollen die Ehegatten in dem Ehevertrag, durch den sie die Gütergemeinschaft vereinbaren, bestimmen, ob das Gesamtgut von dem Mann oder der Frau oder von ihnen gemeinschaftlich verwaltet wird. Enthält der Ehevertrag keine Bestimmung hierüber, so verwalten die Ehegatten das Gesamtgut gemeinschaftlich. Bei Einzelverwaltung führt der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, im eigenen Namen (§ 1422, 1, 2. Halbsatz BGB). Diese Vorschrift entspricht dem früheren § 1443 BGB; geändert ist die Rechtslage nur insofern, als infolge des Gleichberechtigungsgesetzes nicht mehr ausschließlich der Mann, sondern je nach der Regelung der Verwaltung auch die Frau Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, zu führen berechtigt ist. Der Gesamtgutsverwalter führt den Rechtsstreit im eigenen Namen; er kann Zahlung an sich fordern, muß aber die Zugehörigkeit der Forderung zum Gesamtgut erkennen lassen¹⁰⁵⁾.

Mehr noch als bei der Einzelverwaltung tritt die Ähnlichkeit der Klage eines Ehegatten gegen den anderen mit der a.p.s. bei gemeinschaftlicher Verwaltung des Gesamtguts in Erscheinung. Nach § 1450 I 1 BGB n. F. sind die Ehegatten nur gemeinschaftlich berechtigt, Rechtsstreitigkeiten zu führen, die sich auf das Gesamtgut beziehen. Besteht ein Anspruch des Gesamtguts gegen einen Ehegatten, so ist ein gemeinschaftliches Prozessieren wegen des bestehenden Interessengegensatzes nicht möglich¹⁰⁶⁾. Daher bestimmt § 1455 Nr. 6 BGB n. F., daß jeder Ehegatte ohne Mitwirkung des anderen Ehegatten ein zum Gesamtgut gehörendes Recht gegen den anderen Ehegatten gerichtlich geltend machen, also zum Beispiel von dem anderen Ehegatten ein diesem aus dem Gesamtgut in sein Vorbehaltsgut gegebenes Darlehen notfalls einklagen kann¹⁰⁷⁾. Der Klageantrag muß auf Leistung an das Gesamtgut lauten¹⁰⁸⁾, somit wie im Falle der a.p.s. an das gesamthänderisch gebundene Sondervermögen.

¹⁰¹⁾ Heinsheimer S. 46 Anm. 76: „Sie (die a.p.s.) entspricht dem Fall, daß der Ehemann gegen die Ehefrau etwas einklagt, das die Frau dem Gesamtgut schuldet.“

¹⁰²⁾ Staud. - Engelmänn § 1443 Anm. 5 d.

¹⁰³⁾ RGZ 67, 265; ferner Staud. - Engelmänn aaO; Palandt - Lauterbach (16. Aufl.) § 1443 Anm. 4.

¹⁰⁴⁾ Erman - Bartholomeyczik vor § 1415 Anm. 4.

¹⁰⁵⁾ Erman - Bartholomeyczik § 1422 Anm. 4; Soergel - Siebert (Vogel) § 1422 Anm. 8; Scheffler in BGB-RGRK § 1422 Anm. 23.

¹⁰⁶⁾ Erman - Bartholomeyczik § 1455 Anm. 2 b.

¹⁰⁷⁾ Erman - Bartholomeyczik aaO.

¹⁰⁸⁾ Soergel - Siebert (Vogel) § 1455 Anm. 6; Palandt - Lauterbach § 1455 Nr. 6.

b) *Miterbengemeinschaft*

Einen der a.p.s. des Gesellschaftsrechts ähnlichen Fall¹⁰⁹⁾ gibt es wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft des früheren und des geltenden Rechts auch bei der Miterbengemeinschaft. Auch hier besteht eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (§ 2033 II BGB)¹¹⁰⁾, nach deren Grundsätzen nur alle Gesamthänder gemeinschaftlich Träger von Rechten und Pflichten sind und daher an sich auch nur gemeinschaftlich irgendwelche Ansprüche geltend machen können. Diese Regel wird aber durchbrochen durch § 2039, I BGB: Gehört ein Anspruch zum Nachlaß, so kann jeder Miterbe Leistung an alle Erben fordern. Der Miterbe klagt im Prozeß im eigenen Namen auf Leistung an die Gesamthand. Der a.p.s. vergleichbar wäre der Fall, daß ein Miterbe Schuldner eines zum Nachlaß gehörenden Anspruchs ist und von einem anderen Miterben auf Leistung an alle Erben verklagt wird¹¹¹⁾.

3. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der *actio pro socio* des Gesellschaftsrechts und ähnlichen Instituten bei den anderen Gesamthandsgemeinschaften

In den angeführten Fällen des Familien- und Erbrechts macht nach herrschender Meinung der Kläger jeweils einen der Gesamthand zustehenden Anspruch im eigenen Namen geltend¹¹²⁾. Es kann daher ein Vergleich dieser Fälle mit der a.p.s. des Gesellschaftsrechts überhaupt nur unter der einschränkenden Voraussetzung in Frage kommen, daß man — entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes — dem einzelnen Gesellschafter keinen eigenen Anspruch, sondern nur das Recht zuerkennt, den Gesellschaftsanspruch im eigenen Namen zu verfolgen.

Geht man aber davon aus, daß der Gesellschafter mit der a.p.s. einen allein der Gesamthand zustehenden Anspruch geltend mache, so können sich durch den Vergleich mit den gesetzlichen Regelungen — insbesondere der des § 2039, I BGB — wertvolle Anhaltspunkte für die Untersuchungen über die a.p.s. ergeben. Die Ähnlichkeit der Rechtslage hat sogar dazu geführt, daß verschiedentlich § 2039 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips erachtet und daraus ein der Befugnis des einzelnen Miterben gleiches Recht auch für andere Gesamthänder abgeleitet wurde¹¹³⁾.

Eines haben alle diese Fälle jedenfalls gemeinsam: Die im einzelnen gegebene Möglichkeit der Geltendmachung bestimmter Ansprüche versetzt den einzelnen Gesamthändler in die Lage, seine Interessen auch selbständig zu wahren, wenn einer oder die übrigen Gesamthänder aus irgendwelchen Gründen ihre Mitwirkung versagen. Das ist insbesondere bei der Erbengemeinschaft berechtigt, auf deren Zusammensetzung der einzelne Miterbe keinen Einfluß hat. Aber auch für die Mitglieder der Gesellschaft ist das Einzelrecht not-

¹⁰⁹⁾ Auf diese Ähnlichkeit wird auch hingewiesen in RG ZAKDR 1943, 195. Erman - Bartholomeyczik (I. Aufl.) § 2039 Anm. 1 nennen diesen Fall sogar „eine Parallele zur *actio pro socio* des Gesellschaftsrechts“.

¹¹⁰⁾ Es gelten insoweit die gleichen Grundsätze wie bei der Gesellschaft; vgl. Erman - Bartholomeyczik vor § 2033 Anm. 2 sowie Staud. - Lehmann § 2032 Anm. 8.

¹¹¹⁾ Es ist einhellige Meinung, daß § 2039, I BGB (außer der Feststellungsklage) auch die Leistungsklage eines Miterben gegen einen anderen Miterben als Schuldner eines zum Nachlaß gehörenden Anspruchs ermöglicht, und zwar auf Leistung an die Gemeinschaft; vgl. Bartholomeyczik, Lehrb. S. 230; Fuchs JW 1938, 355; ferner Palandt - Keidel § 2039 Anm. 3 mit Literaturhinweisen.

¹¹²⁾ Für die Gütergemeinschaft vgl. Erman - Bartholomeyczik § 1422 Anm. 4; Soergel - Siebert (Vogel) § 1422 Anm. 8; Scheffler in BGB-RGRK § 1422 Anm. 23. Für die Erbengemeinschaft vgl. statt aller Bartholomeyczik, Lehrb. S. 229 f.

¹¹³⁾ Vgl. RGZ 70, 32 sowie Engländer S. 173 Fußn. 328, allerdings jeweils nur Gesamthandsforderungen gegen Dritte betreffend; dagegen RGZ 76, 276 (280) auch für Beitragsforderungen.

wendig. Wenn auch die Erbengemeinschaft auf Auseinandersetzung¹¹⁴⁾, die Personalgesellschaft dagegen auf Fortbestand angelegt ist, so müssen doch beide ein Regulativ haben. Entscheidende Bedenken gegen die insoweit erforderliche Gleichbehandlung der verschiedenen Gesamthandsgemeinschaften können auch nicht daraus hergeleitet werden, daß der einzelne Gesellschafter freiwillig sein Vermögen ganz oder teilweise der gesamthänderischen Bindung unterwirft und in der Wahl seiner Vertragspartner frei ist. Selbst größte Vorsicht bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages garantiert ihm nicht, daß die Mitgesellschafter den vereinbarten gemeinsamen Zweck wirklich sachgerecht verfolgen, vor allem dann, wenn er von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen ist. Gerade in diesem Falle muß aber auch der einzelne die Förderung des gemeinsamen Zweckes betreiben und damit sein Eigeninteresse wahren können.

III. Bedeutung und Ausgestaltung der actio pro socio

1. Art der mit der actio pro socio geltend zu machenden Ansprüche

a) *Aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührende Rechtsbeziehungen zwischen Gesamthand und Einzelgesellschafter*

Die a.p.s. in ihrer heutigen Gestalt versetzt den einzelnen Personalgesellschafter in die Lage, bestimmte gesellschaftsrechtliche Ansprüche geltend zu machen, nämlich diejenigen, die aus den von seinen Mitgesellschaftern bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages gemäß § 705 BGB übernommenen Pflichten folgen¹¹⁵⁾ ¹¹⁶⁾. Es wurde bereits erwähnt, daß der Gesellschaftsvertrag in personenrechtlicher Hinsicht die „Gesellschaft“, in vermögensrechtlicher Hinsicht das Gesellschaftsvermögen entstehen läßt; dessen Trägerin ist die Gesellschaft, verstanden als die Gesamtheit der verbundenen Gesellschafter. Das Gesellschaftsvermögen ist streng getrennt vom Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters. Darüber hinaus entstehen sowohl im Verhältnis der „Gesellschaft“ zu den einzelnen Gesellschaftern wie auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander¹¹⁷⁾ vielerlei Rechtsbeziehungen.

Aus dem Gesellschaftsverhältnis können sich Rechte und Pflichten der Gesellschaft gegenüber dem Einzelgesellschafter und umgekehrt ergeben. Dem steht nicht entgegen, daß die Gesellschaft kein selbständiges Rechtssubjekt, sondern nur eine Zusammenfassung der Gesellschafter ist, so daß der einzelne Gesellschafter, dem ein Anspruch zusteht oder gegen den sich der Anspruch richtet, auf der anderen Seite mitbeteiligt ist. Denn als Gesamthandsgemeinschaft ist die Gesellschaft eine in sich geschlossene Einheit mit einem für den Gesellschaftszweck gebundenen Sondervermögen, so daß Ansprüche und Verpflichtungen zwischen ihr und ihren einzelnen Mitgliedern möglich sind¹¹⁸⁾.

¹¹⁴⁾ Man bezeichnet die Erbengemeinschaft daher auch als eine „geborene Liquidationsgesamthand“; vgl. Bartholomeyczik, Lehrb. S. 231.

Daß der Auseinandersetzungszweck nicht entscheidend gegen die Gleichbehandlung beider Fälle spricht, zeigt sich daran, daß nach h. M. die a.p.s. auch zulässig ist, wenn sich die Gesellschaft im Liquidationsstadium befindet, vgl. BGH NJW 1960, 433 f.

¹¹⁵⁾ Dagegen faßte die Rspr. noch vor der letzten Jahrhundertwende die a.p.s. in dem umfassenden Sinne einer Gesellschafterklage auf Erfüllung aller Verbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis auf; vgl. RGZ 54, 297 (300); im übrigen s. Fehrmann S. 1.

¹¹⁶⁾ Es kommt daher für die a.p.s. naturgemäß nur der Aktivprozeß in Betracht.

¹¹⁷⁾ Vgl. etwa Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 83; Hueck, OHG S. 186.

¹¹⁸⁾ So Hueck, aaO für die OHG. Dieser Grundsatz gilt für jedes Gesamthandsverhältnis; vgl. Erman - Bartholomeyczik § 1416 Anm. 2 (Gütergemeinschaft) und § 2032 Anm. 1 d (Erbengemeinschaft).

Neben anderen entstehen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern vermögensrechtliche Beziehungen, die sich auf Seiten des Gesellschafters oder der Gesellschaft als geldwertes Gut, nämlich als vermögensrechtliche Ansprüche bzw. Verpflichtungen darstellen. Die vermögensrechtlichen Beziehungen wiederum zerfallen in sachenrechtliche und obligatorische¹¹⁹⁾. Soweit die letzten ihre Grundlage in dem eigentlichen gesellschaftlichen Schuldverhältnis haben, können sie nur in der Person eines Gesellschafters entstehen.

Obligatorische Rechtsbeziehungen vermögensrechtlicher Natur zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sind aber außerdem auch in der Weise möglich, daß Schuldner oder Gläubiger ebenso gut ein Nichtgesellschafter sein könnte. Diese sog. „Drittverhältnisse“ sind jedoch gesondert zu betrachten.

Nach allgemeiner Meinung kann man die Rechtsbeziehungen, die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis zugunsten oder zu Lasten der Gesellschaft ergeben, als „sozialrechtliche“ bezeichnen¹²⁰⁾.

Herkömmlich werden die obligatorischen Rechtsbeziehungen, die hiernach im Verhältnis der Gesellschaft zum einzelnen Gesellschafter oder im Verhältnis der Gesellschafter untereinander bestehen können, noch nach anderen rechtlichen Gesichtspunkten unterschieden¹²¹⁾. So entstehen Rechte und Pflichten, deren Träger auf der einen Seite ein einzelner Gesellschafter als Träger seines Privatvermögens, auf der anderen Seite die „Gesellschaft“ als Gesamthandsverband ist. Man hat sich gewöhnt, für bestimmte Gruppen dieser Rechtsbeziehungen besondere Begriffe zu gebrauchen.

aa) Sozialpflichten — Individualansprüche

Der Verpflichtung der Gesamthand aus dem Gesellschaftsverhältnis gegenüber dem Einzelgesellschafter, der Sozialverpflichtung, entspricht auf Seiten des einzelnen dessen Anspruch, der Individualanspruch¹²²⁾. Ein Individualanspruch eines Gesellschafters liegt z. B. dann vor, wenn er berechtigt ist, eine Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen an sich selbst zu verlangen¹²³⁾. Beispiele für Individualansprüche sind etwa der Anspruch auf Gewinnanteil (§ 721 BGB), das Recht auf Entnahmen, der Anspruch auf Aufwendungsersatz usw.¹²⁴⁾.

bb) Individualpflichten — Sozialansprüche

Die Verpflichtung, die den Einzelgesellschafter und sein Privatvermögen als gesellschaftsrechtlichen Schuldner gegenüber der Gesamtheit trifft, nennt man Individualverpflichtung. Ihr entspricht auf der anderen Seite die Berechtigung der Gesamthand, der Sozialanspruch. Die Gesamtheit der Gesellschafter

¹¹⁹⁾ Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 83.

¹²⁰⁾ Vgl. statt vieler Hueck aaO und Würdinger S. 47. Vgl. auch Larenz, Rechtsgemeinschaft S. 142/3 zum Begriff „sozialrechtlich“, sowie Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB S. 3.

¹²¹⁾ Geiler aaO.

¹²²⁾ Zu dieser allgemein anerkannten Einteilung vgl. Geiler aaO; Weipert in HGB-RGRK § 124 Anm. 36; Hueck, OHG S. 186/187.

¹²³⁾ H. L.; vgl. Hueck, OHG S. 187; Würdinger S. 51. Bei Würdinger ergibt sich aber insofern ein Widerspruch zur h. L., als er aaO zwar durchaus mit Hueck übereinstimmt, S. 48 jedoch die a.p.s. als Individualanspruch bezeichnet. Dieser ergibt sich als Konsequenz der von Würdinger empfohlenen Begründung der a.p.s. durch analoge Anwendung der §§ 328 ff. BGB. — S. 51: „Für die Sozialansprüche haftet allein das Gesellschaftsvermögen, nicht haften auch die Gesellschafter persönlich.“ Hier sind wohl Sozialverpflichtungen gemeint.

¹²⁴⁾ So die h. M.; vgl. Hueck, OHG S. 193; a. A. noch Bondi, JW 1923, 1665, der den Anspruch auf Aufwendungsersatz oder Gewinnausszahlung, beides typische Individualansprüche, als Sozialansprüche bezeichnet.

steht dem einzelnen — zunächst jedenfalls — in dem Sinne als Gläubiger gegenüber, daß der Schuldner nur durch eine Leistung an die Gemeinschaft befreit wird¹²⁵⁾. Eine andere, noch zu untersuchende Frage ist es dagegen, ob die Gesamtheit auch in dem Sinne als Gläubigerin der Sozialansprüche anzusehen ist, daß der Sozialanspruch — etwa auf Beitragsleistung — ausschließlich zu ihrem Vermögen gehört, ob also die „gegenseitige“ Verpflichtung des einzelnen nur eine Berechtigung i. S. eines materiellen Anspruchs der Gesellschaftergesamtheit oder daneben auch des einzelnen Mitgesellschafters erzeugt¹²⁶⁾. Somit ist — im Gegensatz zum Individualanspruch — zunächst nur der Leistungsempfänger festgelegt. Als Sozialanspruch kann man daher bezeichnen die aus der Verpflichtung des einzelnen gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter fließende Berechtigung, die also nur durch Leistung an diese Gesamtheit (zu der der Schuldner selbst gehört) bzw. bei vermögensrechtlichen Ansprüchen in das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter, das Gesellschaftsvermögen, erfüllt werden kann¹²⁷⁾.

Zu den Sozialansprüchen gehören etwa der Anspruch gegen einen Gesellschafter auf Leistung des von ihm versprochenen Beitrages, auf Erfüllung der Geschäftsführerpflichten, auf Erfüllung bestimmter Treuepflichten u. a. m.¹²⁸⁾; eine erschöpfende Aufzählung der möglichen Sozialansprüche ist im Rahmen dieser Arbeit nicht erforderlich. Sie können im übrigen auf ein Tun oder Unterlassen¹²⁹⁾ gerichtet sein; sie können nicht nur in dem Verlangen der Erfüllung einer Pflicht des einzelnen gegenüber der Gesellschaft bestehen, sondern auch in der Wiedergutmachung eines durch die schuldhaft Verletzung einer derartigen Pflicht entstandenen Schadens¹³⁰⁾. Das Institut ist in umfassendem Sinne zu verstehen; ein Sozialanspruch kann daher auch in Form eines negativen Feststellungsinteresses geltend gemacht werden.

Für die a.p.s. des heutigen Gesellschaftsrechts kommen nach einhelliger Auffassung¹³¹⁾ nur noch die sogenannten Sozialansprüche in Betracht. Das bedeutet, daß es sich immer nur um die Realisierung der aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührenden Verpflichtungen des Einzelgesellschafters gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter handeln kann, die also nur durch Leistung an diese wirksam erfüllt werden können¹³²⁾. Daß für die a.p.s. von den auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Rechtsbeziehungen nicht die Individualansprüche in Betracht kommen, liegt in dem Wesen der a.p.s. als

¹²⁵⁾ Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84.

¹²⁶⁾ Daher soll die Definition des Sozialanspruchs von Hueck, OHG S. 186: „Ansprüche, die der OHG gegen den einzelnen Gesellschafter zustehen“, hier noch nicht zugrunde gelegt werden.

¹²⁷⁾ Geiler aaO Anm. 84 ff.

¹²⁸⁾ Vgl. statt vieler Hueck aaO S. 188; Staud. - Kessler § 705 Anm. 52; Würdinger Seite 47.

¹²⁹⁾ Sozialanspruch ist daher auch der Anspruch auf Unterlassung einer dem Beklagten nicht zukommenden Geschäftsführertätigkeit, vgl. Kuhn, WM 1960, 554 (557).

¹³⁰⁾ Schumann DR 1942, 1670 (1671) empfiehlt daher folgende allgemeine Fassung: Sozialansprüche sind „die Ansprüche aus den Pflichten, die die Gesellschafter um des gemeinsamen Zweckes willen im Gesellschaftsvertrag übernommen haben“. Damit sind auch zugleich die Schadensersatzansprüche umfaßt, die aus der Verletzung einer dieser positiven, vom Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag übernommenen Pflichten der Gesellschaft zustehen und als Sozialansprüche gekennzeichnet.

¹³¹⁾ Vgl. Hueck, OHG S. 189; Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84; Fehrmann S. 1 u.v.a.

¹³²⁾ Geiler aaO; ders., JW 1921, 526 Nr. 7. Daraus folgt, daß der mit der a.p.s. gegen einen Mitgesellschafter Vorgehende grundsätzlich nur Erfüllung an alle und nur ausnahmsweise an sich selbst verlangen kann; zu der letzteren Möglichkeit vgl. BGHZ 10, 91 (102) im Anschluß an RGZ 158, 302 (314).

einer Klage gegen Mitgesellschafter begründet¹³³⁾. Daß nur die Sozialansprüche mit der a.p.s. verfolgt werden können, hat seinen Grund weiter darin, daß die Verpflichtungen zur gemeinsamen Förderung des Gesellschaftszweckes von den einzelnen Gesellschaftern übernommen wurden und der einzelne aus dem Wesen der Gesellschaftsverhältnisse heraus verlangen kann, daß der vereinbarte Zweck auch tatsächlich mit den versprochenen Mitteln verfolgt wird. Nur insoweit liegt aber auch andererseits eine „gegenseitige“ Verpflichtung der Vertragsschließenden vor.

b) Sogenannte Drittverhältnisse

Demgemäß scheiden für die Verfolgung mittels der a.p.s. die bereits erwähnten sogenannten „Drittverhältnisse“ aus. Darunter versteht man nach allgemeiner Meinung die Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, die nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen und deren Gläubiger oder Schuldner ebensogut wie ein Gesellschafter ein beliebiger Dritter sein könnte. So kann beispielsweise der Gesellschafter infolge der Selbständigkeit der Gesellschaft mit dieser beliebige Verträge abschließen, ihr also etwa ein Grundstück verkaufen, vermieten oder verpachten¹³⁴⁾. Die Ansprüche aus derartigen Rechtsbeziehungen bestehen aber außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses und unterliegen daher einer ganz anderen rechtlichen Behandlung als die aus dem Gesellschaftsverhältnis fließenden Rechte und Pflichten¹³⁵⁾.

c) Gesellschaftsforderungen gegen Dritte

Die a.p.s. ist eine Möglichkeit, Ansprüche gegen Mitgesellschafter geltend zu machen. Das einzelne Gesellschaftsmitglied kann damit seine Vertragspartner zur sachgerechten Verfolgung des vereinbarten gemeinsamen Zweckes anhalten; sie kann ihn aber nicht schützen vor der Nachlässigkeit Dritter, die mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten. Sie berechtigt daher den Einzelgesellschafter nicht, Ansprüche der Gesellschaft gegenüber Dritten, also Nichtgesellschaftern geltend zu machen, weil diese nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen¹³⁶⁾. Die Möglichkeit des Einzelgeschafters, solche Ansprüche eigenen Namens und auf Leistung an die Gesellschaft geltend zu machen, wird von Rechtsprechung und Lehre¹³⁷⁾ verschiedentlich bejaht, dabei aber vom Vorliegen eines bestimmten Interesses des Gesellschafters abhängig gemacht¹³⁸⁾ 139). Mit der a.p.s. hat diese Klagemöglichkeit — man mag sie begründen, wie man will — nichts zu tun.

¹³³⁾ Dagegen kann der Individualanspruch nur gegenüber der Gesamthand geltend gemacht werden; a.A. Sammeck S. 76. Auch Individualansprüche von Gesellschaftern, denen auf der Passivseite eine Individualverpflichtung gegenübersteht (vgl. Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 83 u. 89; Hueck, OHG S. 187), können — obwohl gegen Mitgesellschafter gerichtet — nicht mit der a.p.s. geltend gemacht werden, weil eine zwar dem Gesellschaftsverhältnis entsprungene, im übrigen aber rein individuelle obligatorische Beziehung zwischen den beteiligten Gesellschaftern vorliegt, vgl. Geiler aaO Anm. 89.

¹³⁴⁾ Vgl. RGZ 56, 430 (432).

¹³⁵⁾ Hueck, OHG S. 187.

¹³⁶⁾ Fischer, L/M § 709 BGB Nr. 1.

¹³⁷⁾ RGZ 70, 32; BGHZ 12, 308; 17, 340; BGH NJW 1963, 641 mit Anm. v. Ganssmüller; vgl. auch Ganssmüller DB 1954, 860.

¹³⁸⁾ Neuestens schränkt der BGH (NJW 1963, 641) die Klagemöglichkeit des einzelnen noch weiter ein, indem er außer dessen berechtigtem Interesse an der Geltendmachung verlangt, daß die anderen Gesellschafter die Einziehung der Forderung aus gesellschaftswidrigen Gründen verweigern und der Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten der anderen Gesellschafter beteiligt ist.

¹³⁹⁾ Eine generelle Klagemöglichkeit würde auch zu einer nicht gewollten Verschiebung der gesetzlichen oder vertraglich geregelten Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsbefugnis führen.

2. Umfang der Befugnisse des Einzelgesellschafters

Die im Schrifttum verwendeten, voneinander abweichenden Definitionen der a.p.s. lassen nicht ohne weiteres einen sicheren Schluß auf den Umfang der Befugnisse zu, die die a.p.s. dem einzelnen Gesellschaftsmitglied verschafft. Daher fragt es sich, in welcher Weise der einzelne die Ansprüche gegen Mitgesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis geltend machen kann und ob sich aus den beiden denkbaren Möglichkeiten, daß nämlich der Gesellschafter einen eigenen oder einen fremden Anspruch verfolgt, ein unterschiedlicher Umfang seiner Befugnis ergibt.

a) *Eigener Anspruch des Gesellschafters*

Billigt man dem Gesellschafter in der Gestalt der a.p.s. einen eigenen Anspruch auf Leistung etwa der Beiträge an die Gesellschaft gegen seine Mitgesellschafter zu, so ergibt sich die Befugnis des einzelnen zur gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs aus der Gläubigerschaft des Gesellschafters, gewissermaßen also als Kehrseite der Rechtsinhaberschaft am materiellen Recht. Es handelt sich dann um den normalen Fall, daß im Prozeß Inhaberschaft und Prozeßführungsbefugnis in einer Person zusammenfallen; eine besondere Bezeichnung des dann selbstverständlichen Rechts, den Anspruch in jeder rechtlich zulässigen Weise zu verfolgen, ist bei dieser Rechtslage überflüssig. In diesem Falle ist die a.p.s. der Anspruch des Gesellschafters¹⁴⁰⁾.

b) *Anspruch der Gesamthand*

Nach der gegenteiligen Ansicht ist die a.p.s. kein eigener materieller Anspruch des Gesellschafters im Sinne der §§ 194, 241 BGB, sondern nur dessen Befugnis, einen ihm nicht oder nicht allein gehörenden Anspruch — den Sozialanspruch — geltend zu machen. In diesem Fall findet man die a.p.s. meistens als „Einzelklagerecht“¹⁴¹⁾ oder als „Klagerecht“¹⁴²⁾ des einzelnen im Gegensatz zu dem Klagerecht der Gesamthand bezeichnet, manchmal auch nur als „Klage“¹⁴³⁾ charakterisiert; verschiedentlich wird sie auch — ohne dabei einen bestimmten Ausdruck zu verwenden — definiert als das „Recht“ oder die „Befugnis“, den Anspruch der Gesellschaft geltend zu machen¹⁴⁴⁾. Teilweise spricht man auch nur von einem „Einziehen“ oder einem „Geltendmachenkönnen“ der Ansprüche¹⁴⁵⁾. Es bedarf der Klarstellung, was mit diesen Begriffen gesagt werden soll. Dies gilt in erster Linie für das „Klagerecht“, weil dieser Ausdruck nicht immer in einem eindeutigen Sinne gebraucht wird.

Um ein wirksamer Schutz der Interessen des Einzelgesellschafters zu sein, muß die a.p.s. die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung des Anspruchs gegen den Mitgesellschafter umfassen. Wenn auch die gerichtliche Geltendmachung einschneidendere Wirkungen hervorzurufen scheint, so ist doch nicht zu verkennen, daß auch wichtige Funktionen der a.p.s. vornehmlich im Bereich der außergerichtlichen Geltendmachung möglich sein müssen. So muß der einzelne Gesellschafter etwa durch Mahnung mit der vollen Verzugswirkung zu Lasten des Schuldners den Anspruch geltend machen können. Soweit man die a.p.s. als Befugnis zur Geltendmachung eines Anspruches der Gesellschaft auffaßt, muß die gleiche Regelung Platz greifen

¹⁴⁰⁾ Vgl. BGH NJW 1960, 964. Daß die Leistung an die Gesellschaft erfolgen muß, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

¹⁴¹⁾ Vgl. etwa Fehrmann S. 27.

¹⁴²⁾ Vgl. Würdinger S. 48; Schumann DR 1942, 1670 (1673).

¹⁴³⁾ Hueck, OHG S. 188/9; Staud. - Kessler § 705 Anm. 56.

¹⁴⁴⁾ So etwa Geiler bei Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84.

¹⁴⁵⁾ Schumann aaO S. 1674.

wie im Falle des Einzelrechtes des Miterben gemäß § 2039 BGB¹⁴⁶⁾. Könnten nur alle am Gemeinschaftsverhältnis Beteiligten gemeinsam mahnen, so wären die übrigen Gesellschafter bei ungerechtfertigter Weigerung eines Gesellschafters hinsichtlich der Teilnahme an einer Mahnung ebenso schutzlos, wie sie es bei unbegründeter Weigerung hinsichtlich der Teilnahme an einer Klage (ohne ihr Individualrecht) wären. Der einzelne Gesellschafter wäre in Fällen, in denen die Verzugsfolge erst durch die Mahnung begründet wird (§ 284 BGB), für sich allein nicht imstande, den Schuldner in Verzug zu setzen; sein „Klagerecht“ wäre insofern illusorisch, als ihm bei sofortigem Anerkenntnis des Schuldners (auch im Innenverhältnis der Gesellschafter) die Kosten des Rechtsstreits zur Last fallen würden (§ 93 ZPO). Er hätte dann nämlich geklagt, ohne den Verzug des Gegners begründet zu haben¹⁴⁷⁾; mithin ohne Veranlassung durch ein Verhalten des Schuldners, das vernünftigerweise den Schluß auf die Notwendigkeit eines Prozesses rechtfertigt¹⁴⁸⁾.

Zweifelhaft erscheint, ob man die a.p.s., verstanden als Recht des Einzelgesellschafters zur Geltendmachung des Gesamthandsanspruchs, als „Klagerecht“ bezeichnen kann, da dieser Begriff meist in anderem Zusammenhang gebraucht wird.

Im privatrechtlichen Sinne versteht man darunter heute¹⁴⁹⁾ die im subjektiven Recht enthaltene Möglichkeit zur zwangsweisen gerichtlichen Durchsetzung, soviel wie klagbaren Anspruch¹⁵⁰⁾. Man ist sich aber im wesentlichen darüber einig, daß die Verwendung des Begriffes „Klagerecht“ dem prozessualen Bereich vorbehalten bleiben sollte¹⁵¹⁾. Innerhalb der prozessualen Lehre werden allerdings unter dem „Klagerecht“ verschiedene Dinge verstanden. Teilweise faßt man es als von jedem materiellen Recht gelöst und insofern „abstrakt“, als eine jedem zustehende Möglichkeit auf, will aber selbst diesem Begriff des Klagerechts die Daseinsberechtigung versagen¹⁵²⁾. Dem steht gegenüber die Lehre vom sogenannten Rechtsschutzanspruch, die versucht, ein konkretes Klagerecht zu begründen. Nach dieser Lehre soll jeder Rechtssuchende gegen den Staat einen Anspruch auf den seiner Rechtslage entsprechenden günstigen gerichtlichen Rechtsschutz haben; dieser Anspruch wird als „Klagerecht“ bezeichnet¹⁵³⁾.

Beiden Auffassungen vom prozessualen Klagerecht ist jedenfalls gemeinsam, daß es sich um gegen den Staat gerichtete Ansprüche handelt.

Die Verwendung des Begriffes „Klagerecht“ für die a.p.s. erscheint angesichts dieser verschiedenartigen Terminologie einigermaßen problematisch. Wenn man sie im Einzelfall als „Klagerecht“ bezeichnet, dann gebraucht man diesen Begriff sicherlich nicht im Sinne der heutigen h. L., nämlich als ein

¹⁴⁶⁾ Denn insoweit besteht zwischen der a.p.s. und dem Recht des einzelnen Miterben aus § 2039 BGB kein Unterschied.

¹⁴⁷⁾ So für den Miterben vgl. Riesenfeld S. 276; für die a.p.s. Riedenklau S. 85.

¹⁴⁸⁾ RGZ 118, 264.

¹⁴⁹⁾ Dagegen betrachten die älteren gemeinrechtlichen Theorien das Klagerecht noch als einen Bestandteil oder Ausfluß des einzelnen subjektiven Rechts, vgl. Nikisch, Zivilprozeßrecht S. 6. — Auch Rosenberg, Lehrb. S. 434 weist darauf hin, daß auch heute noch zuweilen die Möglichkeit, sein Recht im Wege der Klage durchzusetzen, als ein privates „Klagerecht“ angesehen werde. Siehe auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 121.

¹⁵⁰⁾ Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB S. 89; ferner Enn. - Nipperdey, 2. Halbbd. S. 1373.

¹⁵¹⁾ Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB S. 89; Enn. - Nipperdey, 2. Halbbd. S. 1373; Rosenberg, Lehrb. S. 434.

¹⁵²⁾ Rosenberg, Lehrb. S. 397 und 434; vgl. auch Schönke - Schröder - Niese S. 196; vgl. zur Klagemöglichkeit auch Hellwig, Klagerecht und Klagmöglichkeit S. 42.

¹⁵³⁾ Hellwig aaO S. 38; ders., Anspruch und Klagerecht S. 145; Lehmann aaO S. 90; die Lehre vom Rechtsschutzanspruch ist im übrigen äußerst umstritten; s. dazu Lent - Jauernig, Zivilprozeßrecht S. 107; Rosenberg, Lehrb. S. 434 ff.; Enn. - Nipperdey, 2. Halbbd., S. 1373; Stein - Jonas Einl. II D u.a.m.

gegen den Staat gerichtetes Recht. Die a.p.s. beantwortet vielmehr die Frage, ob der Einzelgesellschafter berechtigt ist, den nicht ihm selbst zustehenden Anspruch gegen den Mitgesellschafter geltend zu machen. Die a.p.s. ist eine Berechtigung des einzelnen gegenüber seinen Mitgesellschaftern, eigenen Namens gegen den schuldenden Mitgesellschafter vorzugehen. Sie ist keine Frage der Aktivlegitimation¹⁵⁴⁾, da der klagewillige Gesellschafter gerade nicht bzw. nicht allein Inhaber des geltend zu machenden Rechtes ist. Die a.p.s. ist demnach die Grundlage der Befugnis des Gesellschafters, den Anspruch der Gesamthand geltend zu machen; sie stellt die sachliche Beziehung des Gesellschafters zum Streitgegenstand her; für den Prozeß verleiht sie dem Gesellschafter die Prozeßführungsbefugnis¹⁵⁵⁾.

Wenn man die a.p.s. daher als „Klagerrecht“ oder besser Klagebefugnis bezeichnen will, dann nur in dem speziellen und umfassenden Sinne des Rechtes des Einzelgesellschafters gegenüber seinen Vertragspartnern, den Anspruch der Gesellschaft im eigenen Namen¹⁵⁶⁾ außergerichtlich und gerichtlich und auf Leistung an die Gesellschaft geltend zu machen¹⁵⁷⁾.

Die a.p.s. ermöglicht im Rahmen der gerichtlichen Geltendmachung der Sozialansprüche an die Gesellschaft dem einzelnen Gesellschafter nicht nur die Leistungsklage; vielmehr kann er auch wegen eines Sozialanspruchs die positive oder negative Feststellungsklage gegen den Gesellschafter-Schuldner erheben.

3. Funktion der actio pro socio bei BGB-Gesellschaft, OHG und KG

Die Bedeutung der a.p.s. tritt klar zutage, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Personalgesellschaften Gesamthandsgemeinschaften sind und daher regelmäßig nur alle Mitglieder gemeinschaftlich handeln können.

Um als einzelnes Mitglied im Namen der Gemeinschaft handeln zu können, muß der Betreffende dazu berechtigt sein. Die Handlungen des einzelnen müssen, um nach außen hin gegenüber Dritten wirksam zu sein, durch Vertretungsmacht gedeckt sein. Außerdem aber muß der einzelne gegenüber seinen Mitgesellschaftern berechtigt sein, im Namen der Gemeinschaft zu handeln. M. a. W.: Derjenige, der — nach außen und innen — wirksam im Namen der Gesellschaft handeln will, muß geschäftsführungsbefugt (Innenverhältnis) und vertretungsberechtigt (Außenverhältnis) sein¹⁵⁸⁾.

Daraus folgt: Wer weder Geschäftsführungsbefugnis noch Vertretungsmacht oder nur eines von beiden¹⁵⁹⁾ besitzt, kann nicht wirksam im obigen Sinne im Namen der Gesellschaft handeln. Er könnte also sein Eigeninteresse nicht selbständig wahrnehmen.

Die a.p.s. gibt jedem Gesellschafter die Möglichkeit, sein Interesse an der Verfolgung des gemeinschaftlichen Zweckes auch gegen die anderen Mitgesellschafter durchzusetzen — allerdings im eigenen Namen und im Prozeß auf eigenes Risiko. Die a.p.s. ist somit der Rechtsschutz des einzelnen.

¹⁵⁴⁾ Unter Aktiv- und Passivlegitimation ist die reine Sachlegitimation zu verstehen, d. h. die materielle Rechtszuständigkeit; vgl. Henckel, Parteilehre S. 37, Fußn. 1; Lent - Jauernig, Zivilprozeßrecht S. 53; Lücke, ZZP 76, 6.

¹⁵⁵⁾ So wie die Bestimmung des § 2039 BGB für den Miterben; vgl. Rosenberg, Lehrb. S. 194.

¹⁵⁶⁾ Eine Geltendmachung namens der Gesellschaft würde Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des Einzelgesellschafters erfordern; vgl. Hueck, OHG S. 188; Schlegelberger - Gessler § 109 Anm. 3; a. A. noch Hölder, Problem, JherJb 53, 40 (56) und Ritter S. 269.

¹⁵⁷⁾ In ähnlicher Weise wird das Recht des Miterben aus § 2039 BGB als „Individualklagerrecht“ bezeichnet; vgl. Blomeyer S. 390; ebenso Esser (1. Aufl. S. 199) für den Fall des § 432 I 1 BGB.

¹⁵⁸⁾ S. oben Anm. 156.

¹⁵⁹⁾ So z. B. in BGH NJW 1960, 964.

Der einzelne wird jedoch im allgemeinen nur dann im eigenen Namen und auf eigenes Prozeßrisiko gegen einen Mitgesellschafter vorgehen, wenn er zu einem Handeln namens der Gesellschaft nicht berechtigt ist. Die bei den einzelnen Personalgesellschaften verschiedene Regelung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bestimmt daher auch die Bedeutung der a.p.s. für die betreffende Gesellschaft.

Das Gesellschaftsrecht wird vom Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht; infolgedessen können Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht durch die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen geregelt werden. Insbesondere können einzelne oder auch alle Gesellschafter außer einem von der Geschäftsführung und der Vertretung ausgeschlossen werden¹⁶⁰). Bei der Frage nach der Funktion der a.p.s. kann man jedoch nicht alle durch die Vertragsfreiheit ermöglichten Varianten ins Auge fassen; es wird vielmehr vom gesetzlichen Normalfall auszugehen sein.

Im Hinblick auf die dispositive Regelung der Vertretungsmacht und der Geschäftsführungsbefugnis unterscheidet sich die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wesentlich von den beiden anderen Personalgesellschaften, der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft. Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ist geprägt durch den Grundsatz der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis (§ 709 I BGB) und der Gesamtvertretungsmacht (§ 714 BGB) aller Gesellschafter¹⁶¹). Im Gegensatz dazu ist bei der offenen Handelsgesellschaft grundsätzlich jeder Gesellschafter für sich allein geschäftsführungsbefugt und vertretungsberechtigt (§§ 115 I, 125 I HGB). Diese Regelung gilt auch unter mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern (Komplementären) einer Kommanditgesellschaft, da mangels abweichender gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Bestimmung infolge der gesetzlichen Verweisung des § 161 II HGB das Recht der offenen Handelsgesellschaft anzuwenden ist. Es fragt sich nun, wie sich die a.p.s. in das gesetzlich geregelte Zusammenspiel zwischen Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis und Vertretungsmacht im Außenverhältnis einfügt.

An einigen Beispielen sollen die typischen Problemlagen aufgezeigt werden.

A und B bilden eine BGB-Gesellschaft. Bleibt A mit seiner Beitragsleistung im Rückstand, so fragt sich, was B tun kann, um den Beitrag des A den Zwecken der Gesellschaft zuzuführen.

Der Beitragsanspruch ist — zumindest auch — ein Anspruch der Gesamthand¹⁶²); ihn geltend zu machen ist eine Pflicht der Geschäftsführung¹⁶³). Die Folge der bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bestehenden Gesamtgeschäftsführungsbefugnis und Gesamtvertretungsmacht wäre, daß B gegen A nicht vorgehen könnte, da er nur mit diesem einen Akt der Geschäftsführung vornehmen könnte. Darüber hinaus müßte er, um namens der Gesellschaft vorgehen zu können, Alleinvertretungsmacht haben. Zwar würde das pflichtwidrige Verhalten des A diesen schadensersatzpflichtig machen; aber auch die Geltendmachung dieses Anspruchs wäre ein Akt der Geschäftsführung, der ebenfalls wieder nur von A und B zusammen vorgenommen werden könnte. Könnte B also nicht eigenen Namens gegen seinen Mitgesellschafter vorgehen, so könnte dieser ohne weiteres die ordnungsgemäße Verfolgung des vertraglich vereinbarten Zweckes vereiteln. Hier zeigt sich, daß dem Gesellschafter B

¹⁶⁰) Bestritten: nach a.A. können durch den Gesellschaftsvertrag auch alle Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden; vgl. zu dieser Frage Hueck, OHG S. 85 mit Literaturhinweisen.

¹⁶¹) Hier ist also das gesamthänderische Prinzip noch voll verwirklicht.

¹⁶²) Hierauf wird noch näher einzugehen sein.

¹⁶³) Baumbach - Duden § 116 Anm. 1; Palandt - Gramm, Vorbem. vor § 709 Anm. 2; Staud. - Geiler - Kessler § 705 Anm. 61; BGH NJW 1963, 641 (642).

eine Möglichkeit gegeben werden muß, den Mitgesellschafter A zur Erfüllung der diesem nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Pflichten zu zwingen. Diesem Zwecke dient die a.p.s., die jedem Gesellschafter unabhängig von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zusteht. Sie ist somit auch aus praktischen Gründen zur Vermeidung von Unbilligkeiten erforderlich¹⁶⁴⁾.

Nimmt man in dem obigen Fall statt einer BGB-Gesellschaft eine OHG zwischen A und B an, so ergibt sich, daß die wesentliche Bedeutung der a.p.s. bei der Gesellschaftsform liegt, bei der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehen. Denn bei der OHG kann jeder Gesellschafter, da er im Regelfall des Gesetzes allein geschäftsführungsbefugt und vertretungsberechtigt ist, im Namen und auf das Prozeßrisiko der Gesellschaft klagen¹⁶⁵⁾. Daran wird deutlich, daß die a.p.s. für den Gesellschafter einer OHG nur dann von praktischer Bedeutung sein kann, wenn es sich um eine Gesellschaft mit einer vom gesetzlichen Normalfall abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht handelt.

Dem entspricht die Rechtslage in der KG. Der Kommanditist könnte zwar nach dem Gesellschaftsvertrag geschäftsführungsbefugt sein¹⁶⁶⁾, von der Vertretung der Gesellschaft ist er aber nach der zwingenden Vorschrift des § 170 HGB ausgeschlossen. Infolgedessen könnte er ohne die a.p.s. keinen der anderen Gesellschafter zur Erbringung seiner Beitragsleistung zwingen, da die fehlende Vertretungsmacht ein Vorgehen im Namen der Gesellschaft ausschließen würde.

Daraus folgt: Die a.p.s. ist für den Personalgesellschafter von Bedeutung, der durch Gesetz oder Vertrag von der Geschäftsführung oder Vertretung ausgeschlossen oder durch Gesamtgeschäftsführungsbefugnis und -vertretungsmacht am alleinigen Vorgehen im Namen der Gesellschaft gehindert ist, m. a. W. für den, der nicht oder nur kollektiv berechtigt ist¹⁶⁷⁾.

IV. Die Aktivseite des mit der *actio pro socio* geltend gemachten Anspruchs

1. Allgemeiner Überblick

Mit der Bejahung der Klagebefugnis des einzelnen Personalgesellschafters stellt sich die Frage: Macht der Gesellschafter, wenn er im eigenen Namen von einem Mitgesellschafter die Erfüllung eines Sozialanspruchs an die Gesellschaft verlangt, einen eigenen oder einen fremden, weil ihm nicht oder nicht allein zustehenden materiellen Anspruch geltend? M. a. W.: Gibt es außer dem unbestrittenen Anspruch der „Gesellschaft“ im Sinne der Gesellschafterzusammenfassung noch eigene materielle Ansprüche der einzelnen Gesellschafter gegen den Gesellschafter-Schuldner? Oder mit prozessualen Begriffen:

¹⁶⁴⁾ Die Entsch. BGH NJW 1963, 641 ff. steht dem m. E. nicht entgegen. Denn der klagbare Anspruch gegen die anderen Mitgesellschafter auf Mitwirkung bei einem Akt der Geschäftsführung (S. 643) ist ein Anspruch auf Erfüllung einer von ihnen im Gesellschaftsvertrag übernommenen Pflicht gegenüber der Gesellschaft, also ein Fall der a.p.s., deren Zulässigkeit und Notwendigkeit damit gerade vorausgesetzt wird.

¹⁶⁵⁾ Das ändert nichts daran, daß die Möglichkeit der a.p.s. auch in diesem Falle besteht.

¹⁶⁶⁾ Baumbach - Duden § 164 A.

¹⁶⁷⁾ Fehrmann S. 32 Fußn. 110.

Handelt es sich bei der Einzelklage und bei der Gesellschaftsklage¹⁶⁸⁾ um ein und denselben oder um verschiedene Streitgegenstände¹⁶⁹⁾?

Im Schrifttum haben sich zu dieser Frage unterschiedliche Meinungen entwickelt. Vor der Auseinandersetzung mit ihnen muß aber noch dargelegt werden, warum der Gesellschaft selbst notwendigerweise ein Anspruch auf die Leistung des einzelnen zusteht, sie also Gläubigerin der Leistung sein muß.

2. Die Auffassungen zur Frage nach dem Gläubiger der Sozialansprüche

Die Frage, wessen Anspruch jemand geltend macht, ist nicht notwendig identisch mit der Frage, wem die Leistung zusteht; denn es kann durchaus jemand einen eigenen Anspruch haben, ohne daß ihm die Leistung zukäme. Einen eigenen Anspruch zu haben, also „Gläubiger“ zu sein¹⁷⁰⁾, heißt — wie sich aus den §§ 194, 241 BGB ergibt — lediglich, eine Leistung verlangen, notfalls erzwingen zu können; nicht aber notwendig, die Leistung an sich verlangen zu können. Wie die §§ 335, 2194 BGB beweisen, kennt das Gesetz Fälle einer echten Gläubigerschaft, in denen der Gläubiger die Leistung nicht in sein eigenes Vermögen verlangen kann¹⁷¹⁾. Diese Fälle stellen indessen die Ausnahme dar; regelmäßig soll die Leistung in das Vermögen des Forderungsberechtigten übergehen¹⁷²⁾. Von der Ausnahme kann aber zunächst nicht ausgeschlossen werden¹⁷³⁾.

Im Normalfall ist derjenige berechtigt, einen Anspruch geltend zu machen, zu dessen Vermögen der Anspruch gehört und in dessen Vermögen die Leistung fließen soll. Notwendiger Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, wessen Anspruch der Einzelgesellschafter mit der a.p.s. geltend macht, ist daher die Klärung der Gläubigerschaft an diesen Ansprüchen, die er geltend zu machen befugt ist, nämlich an den Sozialansprüchen.

Bei der OHG und der KG wird schon seit langem die Gesellschaft als solche, das heißt die gesamthänderische Vereinigung aller Mitglieder als alleinige Gläubigerin der Sozialansprüche anerkannt¹⁷⁴⁾. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß das Gesamthandprinzip bei diesen beiden Gesellschaften in viel stärkerem Maße als bei der BGB-Gesellschaft zum Ausdruck gekommen ist. Anders verhält es sich damit bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts: Hier war es lange Zeit Gegenstand heftigen Streits, wem die Sozialansprüche zustehen. Da die Frage der Gläubigerschaft alle Sozial-

¹⁶⁸⁾ Das ist die Gemeinschaftsklage im Blomeyerschen Sinne. Der normalerweise bei der Erbengemeinschaft üblichen gemeinschaftlichen Klage entspricht bei der Personalgesellschaft die im Namen der Gesellschaft erhobene Klage eines vertretungsberechtigten Geschäftsführers.

¹⁶⁹⁾ Eine Verschiedenheit der Streitgegenstände erscheint insbesondere nach den materiellrechtlich orientierten Streitgegenstandsauffassungen Heilwigs, Lents oder Nikischs möglich.

¹⁷⁰⁾ Man kann immer nur Gläubiger eines „eigenen“ Anspruchs sein. Gläubiger sein heißt dagegen nicht, die Erfüllung des Anspruchs eines anderen durchsetzen zu können. Andererseits ist aber auch der, der einen eigenen Anspruch hat, immer Gläubiger.

¹⁷¹⁾ Ob § 2194 BGB einen „Anspruch“ enthält, ist allerdings nicht unbestritten; vgl. Näheres hierzu unten S. 62 f.

¹⁷²⁾ Vgl. v. Tuhr I S. 142.

¹⁷³⁾ In der Literatur wird durchweg die Frage der Gläubigerschaft hinsichtlich der Sozialansprüche nur in dem Sinne untersucht, ob die Gesellschaft Gläubigerin ist, weil der Anspruch zum Gesellschaftsvermögen gehört und in dieses geleistet werden muß. Für die Gesellschaft mag diese Fragestellung richtig sein; eine notwendige Nichtgläubigerschaft des Einzelgesellschafters folgt aber daraus m. E. noch nicht.

¹⁷⁴⁾ Seit ROHG 25, 162 h. M.; Schafheutle S. 50; Flechtheim in Düringer - Hachenburg, Vorbem. vor § 109 Anm. 2; vgl. auch Knoke S. 33 und die dort gegebenen Hinweise auf die ältere Literatur und Rspr.

ansprüche gleichermaßen betrifft, kann sie an Hand des Beitragsanspruchs behandelt werden, der als die wichtigste Einzelverpflichtung jedes Gesellschafters der im Schrifttum am häufigsten erörterte Sozialanspruch ist¹⁷⁵⁾.

Nach § 705 BGB haben die Gesellschafter zur Erreichung des im Gesellschaftsvertrag festgelegten gemeinsamen Zweckes Beiträge zu leisten. Diese können in einmaligen oder wiederholten, in vermögensrechtlichen oder sonstigen Leistungen, z. B. in der Mitarbeit der Gesellschafter bei den Gesellschaftsgeschäften bestehen¹⁷⁶⁾. Über die Frage, wem die Ansprüche auf diese Leistungen zustehen, gibt es in der Literatur im wesentlichen die nachfolgend dargelegten Ansichten¹⁷⁷⁾.

a) *Die einzelnen Gesellschafter als Gläubiger der Sozialansprüche*

Nach einer Ansicht sollen die Beiträge den einzelnen Gesellschaftern gegeneinander zustehen¹⁷⁸⁾. Die Vertreter dieser Meinung stützen sich in erster Linie auf den Wortlaut der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Man sagt, die Ansprüche auf die noch nicht geleisteten Beiträge könnten deshalb nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören, weil die Gesellschafter sich nach § 705 BGB „gegenseitig“ verpflichteten, die vereinbarten Beiträge zu leisten¹⁷⁹⁾. Beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages stünden sich die Gesellschafter als einzelne gegenüber; es bestehe noch keine Gesellschaft, der gegenüber der einzelne sich verpflichten könne. Auch würden nach dem Wortlaut des § 718 BGB nur die Beiträge, nicht aber schon die Ansprüche darauf Gesellschaftsvermögen¹⁸⁰⁾. Schließlich spreche für die Gläubigerschaft der einzelnen Gesellschafter an den Sozialansprüchen, daß die §§ 717, 733 BGB für den umgekehrten Fall, in dem der einzelne Gesellschafter forderungsberechtigt sei, nicht die Gesellschaft, sondern die übrigen Gesellschafter als Schuldner bezeichnen¹⁸¹⁾. Die gegenteilige Ansicht, wonach auch schon die Ansprüche auf die Beitragsleistungen den Gesellschaftern zur gesamten Hand zustünden, Ansprüche auf vermögenswerte Leistungen also bereits zum Gesellschaftsvermögen gehörten, könne nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen gestützt werden und sei mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.

Wenn demnach nicht der Gesellschaft, sondern den übrigen Gesellschaftern das Recht auf die Beitragsleistungen zustehe, so folgert Knoke daraus mit Recht, daß in diesem Falle die Geschäftsführer als solche nicht zur Einforderung der Beiträge befugt seien, sondern einer besonderen Ermächtigung bedürften, die ihnen aber schon im Gesellschaftsvertrag erteilt werden könne¹⁸²⁾.

b) *Die Gesellschaft als alleinige Gläubigerin der Sozialansprüche*

Der soeben dargelegten Ansicht steht die Meinung gegenüber, die die Sozialansprüche der Gesellschaft selbst zurechnet. Die einzelnen Vertreter dieser Auffassung unterscheiden sich dabei in manchen Punkten voneinander. Zwar erklären sie grundsätzlich die Gesellschaft zur Gläubigerin. Teils aber wird ausschließlich die Gesamthand als solche, teils auch die Gesamthand mit Ausnahme des Verpflichteten zur Gläubigerin der Sozialansprüche erklärt.

¹⁷⁵⁾ Sammeck S. 13.

¹⁷⁶⁾ Vgl. statt vieler Staud. - Kessler § 706 Anm. 9 ff.; Schumann, Handelsrecht S. 231; Weipert in HGB-RGRK § 105 Anm. 18.

¹⁷⁷⁾ Gute Zusammenstellung des Meinungsstreits bei Corrinth S. 1 ff.

¹⁷⁸⁾ Knoke S. 34; Philipp S. 16; Kinsberg S. 16/7; Eschelbacher S. 16; Oertmann, § 705 Anm. 3; Planck - Lobe § 718 Erl. 1 d; auch noch RG Warn 10 Nr. 11 = Recht 10 Nr. 312 = BayZ 10, 98; ferner RG Recht 10 Nr. 3911 = LZ 11/61 Nr. 17.

¹⁷⁹⁾ Kinsberg S. 17; Knoke S. 34.

¹⁸⁰⁾ Kinsberg aaO; Planck - Lobe § 718 Erl. 1 a.

¹⁸¹⁾ Knoke aaO.

¹⁸²⁾ Ders. aaO; das Forderungsrecht des einzelnen i. S. der a.p.s. ist von diesem Standpunkt aus einfach zu begründen.

aa) Die Gesamtheit aller Gesellschafter

Überwiegend wird heute im Schrifttum die Auffassung¹⁸³⁾ vertreten, daß auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Gesamtheit der Gesellschafter einschließlich des Verpflichteten Gläubigerin der Beitragsansprüche und somit auch aller anderen Sozialansprüche sei.

Das Reichsgericht¹⁸⁴⁾ versuchte die Zugehörigkeit der Beitragsansprüche zum Gesellschaftsvermögen aus dem Wortlaut des Gesetzes zu begründen. Aus den §§ 705, 706, 707, 735, 2 BGB einerseits und den §§ 707, 733 II, III, 734, 735, 1, 739 BGB andererseits ergebe sich, daß „Beiträge“ die zu bewirkenden Leistungen im Gegensatz zu den „Einlagen“ als den bereits bewirkten seien. Aus § 718 I BGB könne nicht entnommen werden, daß erst das wirklich Beigetragene, nicht schon der Anspruch darauf Gesellschaftsvermögen sein solle. Dem stehe entgegen, daß zu den neben den Beiträgen genannten „für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen“ auch die für die Gesellschaft erworbenen Ansprüche, auch die Ansprüche gegen die Geschäftsführer, die zunächst im eigenen Namen erworbenen Gegenstände in das Gesellschaftsvermögen überzuführen, gerechnet werden müßten, daß aber mit diesen Ansprüchen die Ansprüche auf Leistung der Gesellschaftsbeiträge in gleicher Reihe stünden. Der Ausdruck „werden“ veranschauliche die Entstehung des Gesellschaftsvermögens, während „sind“ die Zusammensetzung dieses Vermögens nach seiner Entstehung andeute. Die gegenteilige Auffassung ließe sich aus § 718 I BGB nur begründen, wenn der Begriff „Beiträge“ durch das Wort „Einlagen“ ersetzt wäre. Das Reichsgericht führt weiter aus, die mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages wirksam werdende gesamte Hand ergreife die Beitragsforderungen und dränge, soweit erforderlich, die Befugnisse des einzelnen Gesellschafters zurück¹⁸⁵⁾.

Daneben stützt man sich vorwiegend auf praktische Erwägungen, die die Zugehörigkeit der Beitragsansprüche zum Gesellschaftsvermögen erfordern. Man sagt, sie seien notwendige Bestandteile des Gesellschaftsvermögens, weil sie den Gesellschaftern gemeinsam und zu den Zwecken der Gesellschaft bestimmt seien. Würden die Beitragsansprüche nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören, so wären sie nach § 420 BGB unter die mehreren Mitgesellschafter geteilt, die über ihre Anteile an diesen Forderungen selbständig verfügen dürften. Auch könnten die Gläubiger der Einzelgesellschafter diese Anteile an den Forderungen für ihre Privatforderungen pfänden¹⁸⁶⁾.

Als wichtigstes Argument für die notwendige Zugehörigkeit auch der geschuldeten Beiträge zum Gesellschaftsvermögen wird allgemein¹⁸⁷⁾ angeführt, daß andernfalls in vielen Fällen für die Zwangsvollstreckung der Gesellschaftsgläubiger das einzige Zugriffsobjekt entfalle.

bb) Die Gesellschaft mit Ausnahme des Verpflichteten

Nach einer anderen Meinung ist Gläubigerin der Beitragsansprüche die „Gesellschaft, d. h. sämtliche Gesellschafter außer dem Verpflichteten“¹⁸⁸⁾.

¹⁸³⁾ So schon Dernburg S. 613 und 622; Hölder, Personen S. 272/3; RGZ 76, 276 ff.; 100, 165 (166); 111, 77 (83); vgl. im übrigen Staud. - Kessler § 705 Anm. 50 mit weiteren Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen. Auch Schlegelberger - Gessler § 109 Anm. 4 teilt diese Ansicht, beruft sich allerdings zu Unrecht auf BGH WM 1960, 400, wo gerade die gegenteilige Auffassung vertreten wird.

¹⁸⁴⁾ RGZ 76, 276 (278/9).

¹⁸⁵⁾ RG aaO.

¹⁸⁶⁾ Dernburg S. 622.

¹⁸⁷⁾ Ders. aaO; RGZ 76, 276 (279) u.v.a.

¹⁸⁸⁾ Binder, Problem S. 91 ohne nähere Begründung.

c) *Gesellschaft und Gesellschafter nebeneinander
als Gläubiger der Sozialansprüche*

Verschiedentlich werden auch die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter nebeneinander als Gläubiger der Sozialansprüche angesehen. Die Vertreter dieser Meinung sprechen Gesellschaft und Gesellschaftern jeweils eigene Ansprüche auf die Leistungen zu, die Gegenstand der vom einzelnen Mitgesellschafter bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages übernommenen Verpflichtungen sind. Daß der Gesellschaft selbst ein Anspruch zustehen muß, allein schon deshalb, weil ihr die Leistung zukommt, ist nicht zu leugnen. Darüber hinaus aber soll auch dem einzelnen ein eigener Anspruch zustehen, den er mit der a.p.s. geltend machen könne.

Diese Ansicht wurde bislang nur vereinzelt vertreten und entspricht auch nicht der herrschenden Auffassung. Die bereits mehrfach erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 11. 2. 1960¹⁸⁹⁾ hat ihr erhöhte Bedeutung verschafft.

aa) Die Ansicht v. Godins

Wohl als erster hat v. Godin¹⁹⁰⁾ diese Meinung vertreten, indem er ausführte, es handle sich bei der a.p.s. um den auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden und ihm als Partei dieses Vertrages kraft eigenen Rechts zustehenden Anspruch des Gesellschafters, von den anderen Gesellschaftern die im Interesse der Gesellschaft von den Vertragschließenden vereinbarten Handlungen und Unterlassungen, ein im Interesse der Gesellschaft vereinbartes Verhalten zu verlangen. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichteten sich nach § 705 BGB die Gesellschafter gegenseitig — darum stehe jedem einzelnen der Anspruch zu — die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern¹⁹¹⁾.

bb) Die Ansicht Lehmanns

Eine ähnliche Auffassung vertritt Lehmann¹⁹²⁾; von der herkömmlichen und auch hier vertretenen Unterscheidung der innergesellschaftlichen Rechtsbeziehungen ausgehend, definiert er als „Sozialansprüche solche, die der gesamthänderischen Verbundenheit der Gesellschafter zustehen“. Grundsätzlich entspreche jeder Pflicht¹⁹³⁾ aus dem Gesellschaftsverhältnis ein Gesamthandsanspruch, aber außerdem habe jeder Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag einen Anspruch gegen seinen Mitgesellschafter, daß dieser seine Verpflichtungen an die Gesamthand erfülle. So sei der Anspruch auf die Beiträge ein Anspruch der gesamten Hand gegen die einzelnen Gesellschafter. Außerdem habe aber auch jeder einzelne Gesellschafter einen Anspruch gegen seine Mitgesellschafter, daß diese ihre Beiträge an die gesamte Hand abführten. Das Verhältnis zwischen dem Sozialanspruch der Gesellschaft auf die Beiträge und dem Einzelanspruch des einzelnen Gesellschafters auf ihre Leistung an die Gesamthand sei streitig¹⁹⁴⁾. Es frage sich, ob und inwieweit die Befugnis des einzelnen Gesellschafters, seinen Einzelanspruch auf die Leistung der Beiträge an die Gesamthand geltend zu machen, durch das Klagerecht des Geschäfts-

¹⁸⁹⁾ S. oben S. 17 Anm. 1.

¹⁹⁰⁾ Anm. zum Urte. des 2. ZS des RG vom 1. 3. 1943 in ZAKDR 1943, 195 ff.; vorher anscheinend auch Flechtheim, JW 1916, 837 Nr. 10. Ähnlich spricht auch Boesebeck, JW 1938, 3185 von Ansprüchen der Gesellschaft als solcher und danebenstehenden Ansprüchen des einzelnen Gesellschafters; doch bleibt auch hier zweifelhaft, ob es sich dabei um echte „eigene“ Ansprüche des Gesellschafters handeln soll.

¹⁹¹⁾ V. Godin aaO S. 197.

¹⁹²⁾ Enn. - Lehmann S. 736.

¹⁹³⁾ Gemeint ist wohl: ... jeder Pflicht eines Gesellschafters.

¹⁹⁴⁾ Nahezu wörtlich übereinstimmend J. v. Gierke, Handelsrecht S. 194 (für OHG).

führers oder Liquidators, den Gesamtanspruch der Gesellschaft durchzusetzen, ausgeschlossen werde.

Auch im folgenden spricht Lehmann dem Gesellschafter „seinen Vertragsanspruch“ zu. Daraus wird deutlich, daß er der Gesellschaft wie auch jedem Einzelgesellschafter jeweils eigene, also verschiedene Ansprüche zuerkennt¹⁹⁵⁾.

cc) Die Ansicht Würdingers

Als Folge seiner Auffassung zur Begründung der a.p.s. kommt auch Würdinger¹⁹⁶⁾ zu dem Ergebnis, daß der Gesellschafter einen eigenen Anspruch gegen seinen Mitgesellschafter geltend mache¹⁹⁷⁾. Würdinger begründet, wie schon dargelegt¹⁹⁸⁾, die a.p.s. auf folgende Weise: Die Beitragsverpflichtung sei aufzufassen als Verpflichtung zur Leistung an die Gesellschafter zur gesamten Hand. Diese Verpflichtung entspringe einem Versprechen, das die Gesellschafter als einzelne bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages einander gewährten. Damit sei eine den Verträgen auf Leistung an Dritte ähnliche Rechtslage gegeben; das Gemeinschaftsinteresse gebiete eine Auslegung nach § 328 BGB dahin, daß der Gesamthandsverband einen eigenen Erfüllungsanspruch erlange. Neben dem Gesamthandsverband als berechtigtem Leistungsempfänger stehe der Erfüllungsanspruch auch jedem einzelnen Gesellschafter als Versprechensempfänger zu (a.p.s.). Die Erhebung der a.p.s. sei als Individualanspruch unabhängig von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.

Auch Fischer gelangt zu einem eigenen Anspruch des Einzelgesellschafters. Im Gegensatz zu Würdinger¹⁹⁹⁾ sieht Fischer im Gesellschaftsvertrag einen „gegenseitigen Vertrag zugunsten Dritter“²⁰⁰⁾. § 328 BGB passe genau auf das Beitragsversprechen. Es könne keinen Unterschied machen, ob die Leistungen an „einen“ Dritten oder die gesamthänderische Vereinigung mehrerer zu erfolgen habe²⁰¹⁾. Daher seien die Vorschriften des Vertrages zugunsten Dritter wenigstens entsprechend anzuwenden. Versprechensempfänger sei der einzelne Gesellschafter; seine Klagemöglichkeit ergebe sich aus § 335 BGB.

dd) Die Ansicht Kesslers

Kessler im Kommentar von Staudinger²⁰²⁾ vertritt folgende Auffassung, die an Hand des Beitragsanspruchs, also des typischen Sozialanspruchs, entwickelt wird. Danach ist „Subjekt der Beitragspflicht auf der Passivseite der schuldige Gesellschafter, der mit seinem eigenen Vermögen für die Erfüllung haftet“. Auf der anderen Seite aber soll „Gläubiger des Beitragsanspruchs,

¹⁹⁵⁾ S. auch Larenz, Besonderer Teil S. 282: „Einziehung der Beiträge ist Sache der geschäftsführenden Gesellschafter; daneben hat der einzelne Gesellschafter gegen den anderen einen Anspruch auf Leistung an alle, den er selbständig geltend machen kann, ...“

¹⁹⁶⁾ Würdinger S. 48.

¹⁹⁷⁾ Gerade daran knüpft Fehrmann S. 30 ff. seine Kritik an dem Begründungsversuch Würdingers.

¹⁹⁸⁾ Vgl. oben S. 21.

¹⁹⁹⁾ Würdinger S. 42.

²⁰⁰⁾ Fischer, Die actio pro socio S. 9.

²⁰¹⁾ Ders. S. 10; a.A. anscheinend Staud. - Werner § 328 Anm. 4, wonach „Dritter“ jede natürliche und juristische Person sein kann; infolgedessen nicht eine gesamthänderische Vereinigung mehrerer natürlicher Personen; so wohl auch Riedenklau S. 37.

²⁰²⁾ Staud. - Kessler § 706 Anm. 5. A.A. noch die Voraufgaben: 9. Aufl., II. Bd. (Staud. - Kober - Geiler) § 705 IV 1 a; ferner 10. Aufl., II. Bd., (Staud. - Geiler) § 706 Anm. 1: „Subjekt der Beitragspflicht ist auf der Passivseite der schuldige Gesellschafter, der mit seinem eigenen Vermögen für die Erfüllung haftet. Gläubiger des Anspruchs auf den Beitrag ... (der bereits zum Gesellschaftsvermögen gehört), ist die Gesamtheit der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.“

der bereits zum Gesellschaftsvermögen gehört, einerseits die Gesamtheit der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, andererseits aber auch jeder einzelne Gesellschafter“ sein. Diesem stehe ein Anspruch gegen seine Mitgesellschafter auf Leistung ihres Beitrags an die gesamte Hand zu. Beide Male handle es sich um einen Sozialanspruch. Es sei bestritten, in welchem Verhältnis dieser Anspruch der Gesellschaft auf die Beiträge und der Einzelsanspruch jedes Gesellschafters auf Leistung an die Gesellschaft (den dieser mit der a.p.s. geltend machen könne) zueinander stünden, überhaupt, unter welchen Voraussetzungen die a.p.s. in diesem Falle zulässig sei²⁰³⁾.

ee) Die Ansicht des Bundesgerichtshofes

Der Bundesgerichtshof hat seine Auffassung zur a.p.s. in seiner Entscheidung vom 11. 2. 1960²⁰⁴⁾ zum Ausdruck gebracht, der im wesentlichen folgender Sachverhalt²⁰⁵⁾ zugrunde lag:

Die Parteien A und B waren Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft. A klagte gegen B, der im Einvernehmen aller Gesellschafter die Buchhaltung der KG führte, zunächst auf Feststellung, daß dieser (B) zu geschäftsführender Tätigkeit in der KG nicht berechtigt sei. Später veräußerte der Kläger seinen Kommanditanteil; zum gleichen Termin stellte der Beklagte seine Tätigkeit ein. Nunmehr klagte A auf Feststellung, daß B bis zu diesem Zeitpunkt (der Aufgabe seiner Tätigkeit) zu geschäftsführender Tätigkeit in der KG nicht berechtigt gewesen sei. Der Beklagte ist der Ansicht, die a.p.s., deren sich der Kläger bediene, stehe nur einem gegenwärtigen Gesellschafter zu; der Kläger habe infolge seines Ausscheidens aus der KG seine Prozeßführungsbefugnis verloren und sei daher nicht mehr zur Klage „aktiv legitimiert“.

Das Berufungsgericht²⁰⁶⁾ teilt die im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung, daß der mit der a.p.s. gegen einen Mitgesellschafter vorgehende Personalgesellschafter einen ausschließlich der Gesellschaftergesamtheit zustehenden materiellen Anspruch geltend mache²⁰⁷⁾. Im Gegensatz dazu führt der Bundesgerichtshof in den Entscheidungsgründen aus, solange der Kläger noch Kommanditist der Gesellschaft gewesen sei, hätten sich seine Klageanträge auf den gesellschaftsvertraglichen Anspruch gestützt, der ihm als Partner des Gesellschaftsvertrages gegen den Beklagten als einen anderen Partner des Gesellschaftsvertrages zugestanden habe. Dieser Anspruch des Klägers (sog. *actio pro socio*) sei in seiner Person ein eigener Anspruch gewesen, der nicht mit dem gleichgerichteten Anspruch der Gesellschaft gegen den vertraglich verpflichteten Gesellschafter identisch sei. Das gelte hier ebenso wie etwa für den Anspruch gegen einen Gesellschafter auf Leistung der von ihm versprochenen Beiträge. Auch insoweit habe jeder Mitgesellschafter neben der Gesellschaft einen eigenen Anspruch gegen den verpflichteten Gesellschafter auf Leistung der Beiträge an die Gesellschaft. Auch hier sei der Anspruch des einzelnen Gesellschafters nicht mit dem gleichgerichteten Anspruch der Gesellschaft identisch, sondern ein selbständiger und eigener Anspruch des einzelnen Gesellschafters, allerdings mit der Besonderheit, daß jeder dieser Ansprüche denselben Inhalt habe, nämlich auf Leistung an die Gesellschaft gerichtet sei. Aus dieser Rechtslage folge zunächst, daß der berechtigte Gesellschafter bei der Geltendmachung seines gesellschaftsvertraglichen Anspruchs gegen einen anderen Gesellschafter nicht einen Anspruch der Gesellschaft geltend mache und seine Klagebefugnis nicht nur auf einer

²⁰³⁾ Staud. - Kessler aaO.

²⁰⁴⁾ S. oben S. 17 Anm. 1.

²⁰⁵⁾ Die Wiedergabe des in WM 1960, 399 f. vollständig abgedruckten Sachverhalts beschränkt sich auf die für die vorliegende Untersuchung wesentlichen Teile.

²⁰⁶⁾ OLG Koblenz; vgl. das nicht veröffentlichte Urteil des 2. ZS vom 29. 5. 1959 — 2 U 377/58 —.

²⁰⁷⁾ Vgl. S. 15 des Urteils.

Prozeßstandschaft (Prozeßführungsbefugnis eines Dritten) beruhe, die unter Umständen mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft ende²⁰⁸⁾.

Im folgenden soll zu den einzelnen Auffassungen zur Frage der Gläubigerschaft an den Sozialansprüchen Stellung genommen werden.

3. Stellungnahme und vorläufiges Ergebnis

a) Kritische Aussonderung einiger Ansichten

Als wohl herrschend kann die Auffassung angesehen werden, die allein die Gesellschaft als solche, d. h. alle Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Gläubiger der Beitrags- und aller übrigen Sozialansprüche ansieht: Gläubiger sind danach alle Gesellschafter zur gesamten Hand. Die Schwierigkeit, der Gesellschaft als solcher die Sozialansprüche zuschreiben zu können, ohne sie zu einem selbständigen Rechtssubjekt und damit zur juristischen Person zu machen, läßt sich mit der hier vertretenen „Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung“ beheben²⁰⁹⁾.

In der Frage, ob die Beitragsansprüche den einzelnen Gesellschaftern oder der Gesellschaft selbst zustehen, kann zwar das Reichsgericht für seine Auffassung anführen, daß in den Motiven die „Einlage“ als das „wirklich Eingebachte“ bezeichnet wird²¹⁰⁾. Dennoch erscheint eine Begründung allein aus dem Gesetzeswortlaut als problematisch, da dieser auch Grundlage der gegenteiligen Ansicht ist.

Wenn auch zuzugeben ist, daß Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Entscheidung dieser Frage eine wesentliche Rolle spielen, so führen doch diese allein zu einer befriedigenden Lösung, die auch der Struktur des Gesamtvermögens entspricht²¹¹⁾.

Die Ansprüche auf die Beiträge und andere Leistungen des Gesellschafters müssen, soweit sie vermögensrechtlicher Natur sind, notwendigerweise zum Gesellschaftsvermögen gehören. Denn sie stehen den Gesellschaftern gemeinsam zu und sind dazu bestimmt, die Gesellschaft mit den zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes dienlichen Mitteln auszustatten. Die erstgenannte Auffassung, wonach die Beitragsansprüche den einzelnen Gesellschaftern gegeneinander zustehen sollen, würde zu der unannehmbaren Konsequenz führen, daß die Ansprüche nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören und daher als Zugriffsobjekt für die Gesellschaftsgläubiger in dem Augenblick entfallen würden, in dem diesen nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsgrundlage zur Verfügung steht²¹²⁾ ²¹³⁾. Es könnte somit vorkommen, daß ein wesentlicher, u. U. sogar der allein verwertbare Teil des Vermögens tatsächlich dem Zugriffe der Gläubiger entzogen werden könnte. Zutreffend führt das Reichsgericht in seiner Entscheidung aus²¹⁴⁾, der Gedanke, daß regelmäßig von den Gläubigern eine Untersuchung darüber zu erwarten sei, ob die ausstehenden Beiträge ihnen hafteten, widerspreche der Lebenserfahrung²¹⁵⁾. Außerdem kann nach dieser Ansicht, wie von ihren Vertretern auch zugegeben wird,

²⁰⁸⁾ BGH aaO.

²⁰⁹⁾ S. hierzu oben S. 27 f.

²¹⁰⁾ Mot. II S. 597. A.A. jedoch Soergel - Siebert (Schultze - v. Lasaulx) § 706 Anm. 7: Beitrag ist der Oberbegriff für zu bewirkende wie bereits bewirkte Leistungen. „Einlagen“ sind Beiträge, die im Gesellschaftsvermögen bereits einen rechnerisch erfaßbaren Vermögenswert erhalten haben, denn einen solchen setzen die gesetzlichen Normen über die Einlagen voraus.

²¹¹⁾ Vgl. Esser S. 725.

²¹²⁾ So schon Dernburg S. 622; O. v. Gierke, ArchBürgR 19, 128; ders., Vereine S. 21; ders., Deutsches Privatrecht III S. 835; ferner RGZ 76, 278; 111, 83.

²¹³⁾ Das ist z. B. der Fall bei der BGB-Gesellschaft, bei der die persönliche Haftung der Gesellschafter ausgeschlossen werden kann, vgl. Hueck, OHG S. 225.

²¹⁴⁾ RGZ 76, 278.

²¹⁵⁾ A.A. offenbar Planck - Lobe § 718 Erl. 1 a.

das Recht und die Pflicht der geschäftsführenden Gesellschafter zur Einziehung rückständiger Beiträge nicht erklärt werden. Die Einziehung der Beiträge gehört aber nach h. M.²¹⁶⁾ mit Recht zu den Aufgaben der Geschäftsführung. Denn Geschäftsführung ist jede auf die Verfolgung des Gesellschaftszweckes gerichtete Tätigkeit für die Gesellschaft. Dazu gehört die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens²¹⁷⁾; infolgedessen auch das Fordern der in das Gesellschaftsvermögen zu erfüllenden Leistungen, gleichgültig, ob diese Forderungen sich gegen Gesellschafter oder Dritte richten. Das setzt voraus, daß auch schon die Ansprüche auf die Beitragsleistungen zum Gesellschaftsvermögen gehören²¹⁸⁾.

Des weiteren kann der besonders von Binder vertretenen Meinung, Gläubiger sei die Gesellschaft mit Ausnahme des verpflichteten Gesellschafters, nicht beigegeben werden. Ihr steht entgegen, daß die übrigen Gesellschafter, wie Corrinth²¹⁹⁾ zutreffend bemerkt, „keine irgendwie geschlossene Einheit bilden“, sondern immer nur als einzelne Gesellschafter in Betracht kommen können. Es gibt keine gesamthänderische Vereinigung der „übrigen“ Gesellschafter²²⁰⁾; die Gesamthand ist immer nur die Vereinigung aller Mitglieder. Auch kann gegen die Ansicht, die auch den Verpflichteten in die forderungsberechtigte Gesamthand einbezieht, nicht vorgetragen werden, es bestehe die Gefahr der Konfusion. Denn eine Konfusion von Schuld und Forderung kann dabei nicht eintreten, wenn auch der einzelne Gesellschafter auf beiden Seiten des Schuldverhältnisses beteiligt ist; denn es liegt in Wahrheit keine Identität von Gläubiger und Schuldner einer Forderung vor, da der Gesellschafter auf der einen Seite als Mitglied des Gesamthandsverbandes, auf der anderen als Träger seines Privatvermögens steht²²¹⁾.

Damit bleibt zunächst nur die Ansicht übrig, die allein die Gesamthand als ausschließliche Gläubigerin der Sozialansprüche ansieht. Im folgenden werden die verschiedenen Auffassungen zu analysieren sein, die wie der Bundesgerichtshof der Gesellschaft und dem Gesellschafter jeweils eigene Ansprüche gegen einen Mitgesellschafter auf Erfüllung von Leistungen an die Gesamthand aus dem Gesellschaftsverhältnis zubilligen.

b) *Stellungnahme zu den Theorien*

vom „eigenen“ Anspruch des Personalgesellschafters

Die Ansicht v. Godins ist nicht unwidersprochen geblieben. Man hat gegen sie vor allem eingewandt, daß sie sich mit der notwendigen Gläubigerschaft der Gesellschaft an den Sozialansprüchen nicht ohne weiteres vereinbaren lasse²²²⁾. Nunmehr ist sie erneut vom Bundesgerichtshof vertreten worden und hat infolgedessen wieder eine gesteigerte Bedeutung erlangt.

Auch Lehmann billigt dem einzelnen Gesellschafter einen eigenen Anspruch gegen den Verpflichteten zu, erkennt also auch Gesamtanspruch (der Gesellschaft) und Einzelansprüche (der Gesellschafter) nebeneinander an. Daß hierbei verschiedene materiellrechtliche Ansprüche gemeint sind, ist unzweifelhaft²²³⁾.

²¹⁶⁾ Vgl. für die BGB-Gesellschaft Palandt - Gramm, Vorbem. 2 vor § 709 unter IIinweis auf RGZ 76, 278 (279); ferner Staud. - Kessler § 705 Anm. 61; für die OHG vgl. Hueck, OHG S. 83.

²¹⁷⁾ Hueck, OHG S. 82.

²¹⁸⁾ Daß die Gesellschaft selbst einen Anspruch auf diese Leistungen haben muß, ist heute unbestritten.

²¹⁹⁾ Corrinth S. 30.

²²⁰⁾ A.A. Staud. - Kessler § 705 Anm. 53 mit allerdings nicht überzeugender Begründung.

²²¹⁾ S. hierzu Flechtheim LZ 1914, 1260 ff.

²²²⁾ Fehrmann S. 26 Fußn. 92.

²²³⁾ Enn. - Lehmann S. 736.

Gegen eine Begründung der a.p.s. mit Hilfe entsprechender Anwendung der §§ 328 ff. BGB sind im Schrifttum eine Reihe grundsätzlicher Bedenken vorgebracht worden. Einmal erhalte der Einzelgesellschafter durch den „eigenen“ Anspruch eine Rechtsstellung, die zu Kollisionen mit den Belangen der Gesellschaft führen könne, ohne daß im Interesse der Gesellschaft der Voranstellung von Privatinteressen wirksam begegnet werden könne²²⁴). Diese Argumente mögen zwar gegen den „eigenen“ Anspruch überhaupt sprechen; sie können aber nicht durchgreifen, wenn man zunächst von der Möglichkeit des Bestehens eines eigenen Anspruchs ausgeht.

Ein weiterer Einwand besteht darin, daß die Gesellschaft nicht den Charakter einer Rechtspersönlichkeit im herkömmlichen Sinne habe, also nicht „Dritter“ sein könne. Infolgedessen führe die Konstruktion Würdingers zu einer Identität zwischen Vertragspartner und Begünstigtem²²⁵). Dieser Einwand erscheint in der Tat als berechtigt. Würdinger selbst geht davon aus, daß die Beitragsverpflichtung aufzufassen sei als Verpflichtung zur Leistung an die Gesellschaft zur gesamten Hand. Der Versprechende geht diese Verpflichtung aber nicht gegenüber den Mitgesellschaftern als Einzelnen in dem Sinne ein, den Würdinger ihm beilegen will. Vielmehr verspricht jeder Gesellschafter die Leistung dem Gesamthandsverband, d. h. notwendigerweise den diesen bildenden Mitgesellschaftern und sich selbst. „Versprechensempfänger“ soll nach dem Willen der Vertragsschließenden nicht der einzelne Gesellschafter, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter sein.

Ohne indes diese Bedenken hier zu berücksichtigen, ist zur Ansicht Würdingers zu sagen: Er stellt sich damit in die Reihe derjenigen, die dem einzelnen Gesellschafter einen eigenen materiellen Anspruch gegen den seinen Beitrag schuldenden Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft zuerkennen²²⁶) 227).

Auch Kessler im Kommentar von Staudinger geht wohl von getrennten Ansprüchen der Gesellschaft und des Einzelgesellschafters aus. Allerdings sind seine Ausführungen nicht ganz eindeutig und könnten auch die Annahme rechtfertigen, es handle sich um eine mehrfache Gläubigerschaft von Gesellschaft und Gesellschafter an einem einheitlichen Sozialanspruch.

In der Anmerkung 55 zu § 705 BGB behandelt Kessler die „gerichtliche Geltendmachung von Sozialansprüchen durch jeden einzelnen Gesellschafter im Wege der actio pro socio“. In der folgenden Anmerkung gibt Kessler eine Definition der a.p.s., die der von der herrschenden Meinung vertretenen entspricht: „actio pro socio ist die Klage, die ein einzelner Gesellschafter im eigenen Namen (nicht also namens der Gesellschaft) gegen einen oder mehrere Mitgesellschafter auf Erfüllung von Sozialansprüchen erhebt, und zwar (grundsätzlich) auf Leistung an alle Gesellschafter“²²⁸). Weiterhin steht Kessler auf dem Boden der herrschenden Meinung, wenn er die Sozialansprüche definiert als „solche Ansprüche, bei denen die Leistung in die Gemeinschaft fließt“²²⁹).

²²⁴) Vgl. dazu Fehrman S. 30 ff.

²²⁵) Riedenklau S. 37 ff.

²²⁶) Im Falle des § 335 BGB liegen unbestritten zwei verschiedene Ansprüche vor.
²²⁷) Ebenso Fischer, Die actio pro socio S. 17, allerdings nicht ganz konsequent. Seine Ausführungen (S. 11 und S. 17) sind insofern zweifelhaft, als er bei folgerichtiger Durchführung seiner Konstruktion über § 335 BGB zu einem eigenen Anspruch des Gesellschafters gelangen, in der a.p.s. also wie Würdinger (S. 42) die Geltendmachung eines Individualanspruchs sehen müßte. Dann aber ist der Vergleich mit § 2039 BGB (S. 11) und die Erwähnung der Prozeßstandschaft (S. 17) verfehlt. — Ähnlich widerspruchsvoll Vogler S. 29 und S. 38, der die a.p.s. einmal als Geltendmachung eines Sozialanspruchs, dann wieder als Individualanspruch bezeichnet.

²²⁸) Staud. - Kessler § 705 Anm. 56.

²²⁹) Ders. aaO Anm. 48.

An dieser Auffassung läßt auch die folgende Anmerkung²³⁰⁾, in der Kessler das Wesen des Sozialanspruchs charakterisiert, keinen Zweifel mehr: „Dem einzelnen Gesellschafter, der mit seinem Privatvermögen als Gesellschaftsschuldner haftet, steht die Gesamtheit der Gesellschafter als Gläubiger dergestalt gegenüber, daß der Gesellschaftsschuldner nur durch Leistung an die Gesamthand, also in die Gesellschaftskasse, befreit wird²³¹⁾. Es handelt sich also um Ansprüche, die der Gesamthand der Gesellschafter gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehen“²³²⁾.

Mit dieser herrschenden Meinung ist aber kaum zu vereinbaren, daß auch der Einzelgesellschafter Gläubiger des Sozialanspruchs sein soll, wenn er ihn mittels der a.p.s. im eigenen Namen gerichtlich geltend macht²³³⁾. Diese Auffassung widerspricht darüber hinaus der von Kessler insoweit wieder geteilten herrschenden Ansicht, wonach es innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses Ansprüche gibt, „die dem einzelnen Gesellschafter als Gläubiger zustehen. Sie gehören ebenso wie die zu ihrer Erfüllung bewirkten Leistungen zum Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter (Individualansprüche)“²³⁴⁾.

Soll nicht die Unterscheidung der obligatorischen Rechtsbeziehungen innerhalb der Gesellschaft und unter den Gesellschaftern, wie sie auch Kessler mit der einhelligen Auffassung im Schrifttum vertritt, hinfällig sein, so kann der Einzelgesellschafter niemals Gläubiger eines Sozialanspruchs, sondern immer nur eines Individualanspruchs sein. Gläubiger eines gesamthänderisch gebundenen Anspruchs kann immer nur die Gesamthand, d. h. die Zusammenfassung ihrer Mitglieder sein. Daher ist es unzutreffend zu sagen, in beiden Fällen — der Gesamthands- und der Gesamthänderklage — handle es sich um einen Sozialanspruch²³⁵⁾. Es gibt nur einen einzigen Sozialanspruch, den der Gesamthand, nicht aber mehrere Sozialansprüche auf dieselbe Leistung.

Ebensowenig aber ist es denkbar, daß der Sozialanspruch von der Gesellschaft her gesehen ein Gesamthandsanspruch, vom Gesellschafter aus ein Einzelanspruch wäre²³⁶⁾. Das würde auch zu der unannehmbaren Konsequenz führen, daß der Anspruch gegen den Mitgesellschafter als Sozialanspruch zum Vermögen der Gesellschaft, als Einzelanspruch zum Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters gehören müßte²³⁷⁾.

Infolgedessen können die in einzelnen Anmerkungen widerspruchsvollen Ausführungen Kesslers nur so verstanden werden, daß er neben dem Sozialanspruch der Gesellschaft einen eigenen Anspruch des Gesellschafters annimmt.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 11. 2. 1960²³⁸⁾ seine Auffassung in sehr klarer Weise vertreten, jedoch nicht begründet. Er hat ausgeführt, jeder Gesellschafter habe aus dem Gesellschaftsvertrag einen

²³⁰⁾ Ders. aaO Anm. 49.

²³¹⁾ Diese Formulierung entspricht fast wörtlich der Geillers in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84.

²³²⁾ Vgl. auch Staud. - Kessler § 717 Anm. 7: „Ansprüche, die zwar den Gesellschaftern gegenseitig zustehen, deren Gläubigerin aber ausschließlich die Gesamthand ist (Sozialansprüche), vor allem der Beitragsanspruch ...“

²³³⁾ So aber Staud. - Kessler § 706 Anm. 5; s. hierzu oben S. 46 f. In krassem Widerspruch dazu steht § 705 Anm. 63: „Die Möglichkeit der Gesamthänderklage macht den klagenden Mitgesellschafter nicht zum Mitgläubiger des Gesellschaftsanspruchs.“

²³⁴⁾ Ders. § 705 Anm. 48.

²³⁵⁾ So aber Staud. - Kessler § 706 Anm. 5.

²³⁶⁾ Vgl. aber ders. aaO, wonach „Gläubiger des Beitragsanspruchs ... einerseits die Gesamtheit ..., andererseits ... jeder einzelne Gesellschafter“ sein soll.

²³⁷⁾ Somit ist auch die Definition des Sozialanspruchs als eines „Anspruchs der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis“ berechtigt. Wenn daher von mehreren Ansprüchen die Rede sein soll, so kann der Begriff „Sozialanspruch“ immer nur für den Anspruch der Gesellschaft, nicht aber für den des Gesellschafters gebraucht werden; so zutreffend Enn. - Lehmann S. 736.

²³⁸⁾ BGH NJW 1960, 964.

eigenen Anspruch gegen den verpflichteten Gesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft. Damit meint der Bundesgerichtshof einen materiellen Anspruch, der aber nach der gegenteiligen Meinung nur der Gesellschaft als solcher zustehen kann. Daß der Bundesgerichtshof den materiellen und nicht etwa den prozessualen²³⁹⁾ Anspruch meint, ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Einmal daraus, daß er den in Rede stehenden Anspruch mit dem Beitragsanspruch, also einem materiellen Anspruch, vergleicht und die Gleichbehandlung hervorhebt²⁴⁰⁾.

Zum anderen stellt der Bundesgerichtshof ausdrücklich fest, die Klagebefugnis des Einzelgesellschafters beruhe nicht auf einer Prozeßstandschaft. Die Prozeßstandschaft betrifft aber immer nur die Geltendmachung eines fremden materiellen Anspruchs²⁴¹⁾ im eigenen Namen.

Bereits in früheren Urteilen²⁴²⁾ ²⁴³⁾ hat sich der Bundesgerichtshof zur a.p.s. geäußert. In einem Fall, in dem der beklagte Gesellschafter seine im Gesellschaftsvertrag gegenüber dem klagenden Gesellschafter übernommenen Verpflichtungen schwer verletzt hatte, führt der Bundesgerichtshof u. a. aus, insoweit stehe dem Kläger auf Grund des Gesellschaftsvertrages, der für ihn unmittelbare Rechte und Pflichten gegenüber dem beklagten Ehemann begründe, ein eigener Anspruch (*actio pro socio*) zu, den er im eigenen Namen diesem gegenüber geltend zu machen befugt sei. Die Besonderheit des dem Kläger unmittelbar zustehenden Anspruchs bestehe darin, daß er mit diesem Anspruch zunächst nur Leistung von Schadensersatz an die Gesellschaft und nicht an sich selbst zu fordern berechtigt sei. Es müsse durch die Leistung des Schadensersatzes der Zustand wiederhergestellt werden, der ohne das schadenstiftende Ereignis bestanden haben würde. Das bedeute, da der Schaden der Gesellschaft unmittelbar zugefügt worden sei, daß auch die Leistung des Schadensersatzes der Gesellschaft zufließen müsse. An der Berechtigung des Klägers zur eigenen Geltendmachung des der Gesellschaft zustehenden Schadensersatzanspruches habe sich auch dadurch nichts geändert, daß die Gesellschaft inzwischen durch das Wirksamwerden der Kündigung in den Zustand der Abwicklung getreten sei.

Im nächsten Abschnitt spricht der Bundesgerichtshof wieder von dem „ihm gegenüber dem beklagten Ehemann zustehenden Anspruch (*actio pro socio*)“ im Zusammenhang mit der Frage, ob der Kläger bei der gegebenen besonderen Rechtslage die Leistung auch an sich selbst verlangen könne²⁴⁴⁾. Diese Entscheidung läßt deutlich die Unentschlossenheit in der Frage erkennen, wessen Anspruch der Gesellschafter mittels der a.p.s. geltend macht, einen eigenen

²³⁹⁾ S. hierzu unten S. 91.

²⁴⁰⁾ BGH aaO.

²⁴¹⁾ S. Näheres dazu unten S. 84 f.

²⁴²⁾ Urt. des 2. ZS des BGH v. 17. 6. 1953 = BGHZ 10, 91 ff. = NJW 1953, 1217 = MDR 1953, 546 = DB 1953, 591 = GmbHR 1953, 122 mit Anm. v. Schneider = L/M § 145 HGB Nr. 3 mit Anm. v. Fischer = DRspr. II (210) 41 c = BB 1953, 690 J = DNotZ 1953, 543.

²⁴³⁾ Zur a.p.s. hat sich der BGH noch in einem weiteren Urteil (v. 27. 6. 1957 = BGHZ 25, 47) geäußert. Wenn er in dieser Entscheidung ausspricht, daß jedem Gesellschafter einer Personalgesellschaft grundsätzlich ein Anspruch darauf zustehe, daß der andere Gesellschafter die von ihm übernommenen Verpflichtungen erfülle, so ist der Begriff des Anspruchs hier nicht im technischen Sinne eines materiellen Anspruchs gemeint. Das ergibt sich daraus, daß einmal diese Entsch. — ohne die a.p.s. zu definieren — auf RGG 171, 51 ff. Bezug nimmt; dort ist aber die a.p.s. eindeutig als Geltendmachung eines Anspruchs der Gesellschaft gekennzeichnet. Zum anderen ist in dieser BGH-Entsch. von einer „auf Grund des Gesellschaftsvertrages bestehenden Klagebefugnis“ des Gesellschafters die Rede, was die Annahme eines eigenen Anspruchs ausschließt.

²⁴⁴⁾ S. dagegen auch den Leitsatz des Urteils, in dem nur davon die Rede ist, daß ... „ein Gesellschafter einen der Gesellschaft zustehenden Anspruch im eigenen Namen geltend machen“ könne.

oder einen solchen der Gesellschaft. Die in dieser Entscheidung verwendeten Begriffe und die sich daraus ergebenden Widersprüche veranschaulichen sehr klar das Problem der vorliegenden Arbeit; sie sind geradezu symptomatisch.

Wie uneinheitlich und wenig gefestigt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur a.p.s. ist, zeigt sich jedoch am deutlichsten bei einem Vergleich des jetzt im Mittelpunkt stehenden Urteils mit einer nur wenig älteren Entscheidung desselben Senats²⁴⁵⁾. Es handelte sich um die Frage, ob ein einzelner Gesellschafter auch noch im Liquidationsstadium gegen seinen Mitgesellschafter einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung der Geschäftsführerpflichten geltend machen kann, wenn er Zahlung an die Gesellschaft zu Händen der Liquidatoren verlangt.

Der Bundesgerichtshof hat diese Frage im Grundsatz bejaht und zur Begründung u. a. ausgeführt: Verletze der geschäftsführungsbefugte Gesellschafter seine Geschäftsführerpflichten schuldhaft, so sei der daraus entspringende Schadensersatzanspruch grundsätzlich ein Bestandteil des Gesellschaftsvermögens. Deshalb sei der Schadensersatzanspruch in erster Linie von den übrigen geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschaftern geltend zu machen, weil die Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen Aufgabe des geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafters sei. Das schließe aber nicht die Geltendmachung durch einen einzelnen, nicht geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafter aus, wenn dieser Leistung an die Gesellschaft verlange. Denn es sei zu beachten, daß ein solcher Schadensersatzanspruch auf der schuldhaften Verletzung einer im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung beruhe und daß jeder Gesellschafter als Partner des Gesellschaftsvertrages von den anderen Gesellschaftern nicht nur die Erfüllung der im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtungen verlangen, sondern auch die aus einer schuldhaften Verletzung dieser Pflichten folgenden Ersatzansprüche geltend machen könne. Das Urteil endet mit der Feststellung, es könne „gegen die Befugnis des Klägers zur selbständigen Geltendmachung des der Gesellschaft etwa zustehenden Schadensersatzanspruches kein durchgreifendes Bedenken erhoben werden“²⁴⁶⁾.

Nach dem bisher Gesagten bedarf es keiner weiteren Ausführungen darüber, daß es sich bei dieser Entscheidung um einen Fall der a.p.s. gehandelt und der erkennende Senat in den Entscheidungsgründen die im Schrifttum überwiegende Meinung zur a.p.s. vertreten hat. Um so mehr wäre eine Begründung für die in dem nur drei Monate jüngeren Urteil geäußerte, entgegengesetzte Auffassung desselben Senats zu erwarten gewesen.

Es bestehen zwar Anhaltspunkte dafür, daß der Bundesgerichtshof seine zuletzt geäußerte Ansicht als allgemeingültig betrachtet wissen will²⁴⁷⁾. Dennoch legen die Umstände den Gedanken nahe, daß der Bundesgerichtshof sich nur deshalb zu seiner neuen Rechtsauffassung entschließen zu müssen glaubte, um im konkreten Entscheidungsfall im Gegensatz zum Berufungsgericht zu einer direkten Anwendung des § 265 II 1 ZPO gelangen zu können. In der Tat zeigt die Begründung des Berufungsgerichts die Schwierigkeiten, die sich bei der Übertragung des Gesellschafteranteils und der Frage der Anwendbarkeit des § 265 ZPO auf diesen Fall ergeben können, wenn man als a.p.s. nicht einen eigenen Anspruch des Gesellschafters zugrunde legt²⁴⁸⁾.

²⁴⁵⁾ Urt. des 2. ZS des BGH v. 30. 11. 1959 = NJW 1960, 433 f.

²⁴⁶⁾ BGH aaO S. 433/4.

²⁴⁷⁾ So die Erwähnung des Beitragsanspruchs.

²⁴⁸⁾ S. dazu unten S. 97 ff.

c) *Die Konstruktion der actio pro socio*
nach den beiden widersprechenden Ansichten

Nach den bisherigen Ausführungen bleiben somit zwei Hauptansichten für die a.p.s. bestehen: Einmal die, wonach dem Gesellschafter-Schuldner wegen seiner im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtungen ausschließlich die Gesamthand selbst als Gläubigerin gegenübersteht. Auf der anderen Seite stehen die Vertreter der Meinung, die dem einzelnen Personalgesellschafter einen „eigenen“ Anspruch gegen den Gesellschafter-Schuldner zuerkennen wollen, unabhängig vom Anspruch der Gesellschaft selbst, dem Sozialanspruch; ihren deutlichsten Ausdruck hat diese Auffassung in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 11. 2. 1960 gefunden.

aa) *Die actio pro socio als Geltendmachung eines fremden materiellen Anspruchs (Alleingläubigerschaft der Gesellschaft)*

Erzeugt die von einem Personalgesellschafter im Gesellschaftsvertrag übernommene Verpflichtung lediglich einen Sozialanspruch der Gesellschaft, der ausschließlich zu deren Vermögen gehört, so kann der einzelne mit der a.p.s. nur diesen, ihm nicht zustehenden materiellen Anspruch geltend machen. Diese Ansicht wird von vielen befürwortet²⁴⁹). Dem Gesellschafter selbst steht danach ein eigenes, dem Sozialanspruch der Gesellschaft gleiches Forderungsrecht auf Leistung an diese nicht zu. Gläubiger eines eigenen materiellen Anspruchs ist der einzelne vielmehr nur in der Weise, daß er aus dem Gesellschaftsverhältnis den vertraglichen Anspruch gegen seine Mitgesellschafter hat, daß auch diese ihre im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtungen erfüllen²⁵⁰).

Dieses Recht, das man als eigenen „allgemeinen“ Anspruch des Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis bezeichnen kann²⁵¹), stellt erst die Beziehung zu dem Sozialanspruch der Gesellschaft her, dessen Erfüllung zum pflichtgemäßen Handeln der Gesellschafter gehört. Um den eigenen „allgemeinen“ Anspruch gegen die Mitgesellschafter auf Erfüllung des Gesellschaftsvertrages verwirklichen zu können, ist der einzelne befugt, den materiellen Anspruch der Gesellschaft gegen einen Mitgesellschafter geltend zu machen.

Dieser eigene, allgemein auf gesellschaftsgemäßes Verhalten gerichtete Anspruch bildet somit die Grundlage der a.p.s.²⁵²), mit der der Einzelgesellschafter den Anspruch der Gesellschaft im eigenen Namen und auf eigenes Prozeßrisiko verfolgen kann. Da normalerweise nur der Träger eines Anspruchs diesen auch gerichtlich geltend machen kann, sehen die Vertreter dieser Auffassung in der a.p.s. eine Prozeßermächtigung²⁵³).

²⁴⁹) Vgl. etwa Heinsheimer S. 46; Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84; Weipert in HGB-RGRK § 105 Anm. 83 und § 124 Anm. 36; Hueck, OHG S. 189/190; Schlegelberger - Gessler § 109 Anm. 4; Esser S. 725 u.v.a.; RG ZAKDR 1943, 195.

²⁵⁰) Fehrman S. 26; vgl. auch Weipert in HGB-RGRK § 105 Anm. 83.

²⁵¹) Fehrman aaO. Dieser „allgemeine“ Anspruch des Einzelgesellschafters ist sicherlich eine materielle Berechtigung. Sein Anspruch auf Erfüllung des Gesellschaftszweckes kann nur durch Erfüllung der der Gesellschaft zustehenden Ansprüche verwirklicht werden. Ähnlich das Recht des Ehemannes nach § 1380 BGB a. F., den Anspruch der Ehefrau geltend zu machen. Die Berechtigung des Gesellschafters ist ebensowenig Prozeßgegenstand wie die des Ehemannes, sondern der Anspruch der Gesellschaft bzw. Ehefrau. Die Berechtigung des Gesellschafters bzw. Ehegatten stellt erst deren Beziehung zum einzuklagenden Gegenstand her.

²⁵²) Fehrman aaO.

²⁵³) Vgl. das nicht veröffentlichte Urteil des 2. ZS des OLG Koblenz vom 29. 5. 1959 — 2 U 377/58 —.

bb) Die actio pro socio als Geltendmachung eines eigenen materiellen Anspruchs des Gesellschafters (Gläubigerschaft auch des Gesellschafters)

Demgegenüber ist die vom Bundesgerichtshof und anderen vertretene Auffassung vom „eigenen“ Anspruch des Einzelgesellschafters anscheinend unproblematisch und äußerst praktikabel. Dies wird insbesondere bei der noch zu erörternden Frage der Anwendung des § 265 ZPO auf den Fall der Veräußerung eines Gesellschaftsanteils deutlich werden. Dies zwingt zu der Frage, wie die erheblich schwieriger zu handhabende gegnerische Ansicht zu solcher Anerkennung gelangen konnte, daß man sie nahezu als in Schrifttum und Rechtsprechung — wenigstens des Reichsgerichts — herrschend ansprechen kann. Die folgenden Untersuchungen sollen zeigen, welcher der widerstreitenden Meinungen der Vorzug zu geben ist.

V. Die Lösung des Problems

Bei der Erörterung der Auffassung Kesslers wurde bereits dargelegt, daß es nicht möglich ist, den einzelnen Gesamthänder zum Gläubiger eines gesamthänderisch gebundenen Anspruchs zu erklären, eines Anspruchs, der nicht zu seinem Privatvermögen gehören würde; daß der Sozialanspruch ausschließlich der Gesellschaft, also allen Gesamthändern gemeinschaftlich zustehen muß, kann nicht geleugnet werden. Wenn der Gesellschafter als einzelner Gläubiger sein soll, dann nicht hinsichtlich des Sozialanspruchs, also eines Gesamtanspruchs aller Gemeinschaftler, sondern allenfalls eines Einzelanspruchs²⁵⁴⁾.

Es ist aber fraglich, ob es einen solchen Einzelanspruch des Gesellschafters neben dem Anspruch der Gesellschaft geben kann. Denn dem Wesen des Gesamthandprinzips entspricht es gerade, daß nicht der einzelne Gesamthänder, sondern alle nur gemeinschaftlich berechtigt oder verpflichtet sind. Wie es bei der Gesamthand nur ein Eigentum an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen gibt, das Gesamthandseigentum, so sollte es auch nur einen Gläubiger gesamthänderisch gebundener Forderungen, nämlich die Gesamthand, geben²⁵⁵⁾.

Es erscheint infolgedessen zweifelhaft, ob die Meinung des Bundesgerichtshofs, der verschiedene voneinander unabhängige Forderungsrechte von Gesellschaft und Gesellschaftern gegen den Gesellschafter-Schuldner annimmt, mit dem Gesamthandprinzip vereinbar ist.

Die Frage geht allgemein dahin, ob in einer Gesamthandsgemeinschaft mehrere Gesamthänder in der Weise Gläubiger einer Leistung sein können, daß neben dem Gesamthandsanspruch der Berechtigten jedem von ihnen noch ein eigener Anspruch gegen den Verpflichteten auf Leistung an alle zusteht²⁵⁶⁾.

Um diese Frage zu entscheiden, ist eine Prüfung der dem geltenden Recht bekannten Möglichkeiten einer Gläubigermehrheit erforderlich. Denn bestünde

²⁵⁴⁾ Insoweit zutreffend Enn. - Lehmann S. 736.

²⁵⁵⁾ Für die Frage der Geltendmachung einer Gesellschaftsforderung gegen einen Dritten durch einen einzelnen Gesellschafter ist dies wohl nicht bestritten; vgl. auch BGHZ 17, 308 (313): ... „die folgerichtige Durchführung des Gesamthandsgedankens, nämlich die Geltendmachung der Forderung durch alle Gesellschafter.“ ... Zwischen dem Sozialanspruch und einem Gesellschaftsanspruch gegen einen beliebigen Dritten besteht kein rechtskonstruktiver Unterschied. Es fragt sich, ob allein die „gegenseitige Verpflichtung“ des § 705 BGB eine derartige unterschiedliche Behandlung rechtfertigt.

²⁵⁶⁾ In dieser Form gilt die Frage nicht nur für die a.p.s., sondern auch für Gesellschaftsforderungen gegen Dritte.

ein Anspruch des Gesellschafters neben dem unbestrittenen Anspruch der Gesellschaft, so wäre dies ein Fall einer Gläubigermehrheit.

1. Die Möglichkeiten der Gläubigerschaft mehrerer

Die Rechtsordnung kennt verschiedene Fälle einer Gläubigermehrheit²⁵⁷⁾. Einmal können mehrere eine teilbare Leistung zu fordern haben; dann ist jeder Gläubiger nur auf einen Teil berechtigt (Teilgläubigerschaft, § 420 BGB, 2. Alternative). Hier sind die einzelnen Teilforderungen selbständige Rechte²⁵⁸⁾; jeder hat eine von der des anderen unabhängige Forderung auf die ihm zukommende Teilleistung²⁵⁹⁾; ein Gesamtanspruch existiert nicht.

Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß § 420 BGB für die vorliegende Betrachtung nicht in Frage kommen kann; zunächst hätte die Gesellschaft als solche keinen Anspruch und wäre nicht berechtigt, durch den vertretungsberechtigten Geschäftsführer Leistung an sich zu verlangen; außerdem kann im Falle des § 420 BGB jeder Gläubiger den ihm zukommenden Anteil an der zu fordernden Leistung an sich selbst verlangen.

Eine Gläubigermehrheit kann auch so ausgestaltet sein, daß von mehreren Gläubigern jeder die ganze Leistung an sich selbst fordern kann, der Schuldner aber nur einmal zu leisten braucht (Gesamtgläubigerschaft, § 428, 1 BGB²⁶⁰⁾. Auch hier besteht kein gemeinsamer Anspruch aller; vielmehr hat jeder der mehreren Gesamtgläubiger ein selbständiges Forderungsrecht²⁶¹⁾. Die a.p.s. kann somit kein Fall einer Gesamtgläubigerschaft sein.

Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern (§ 432 I 1 BGB²⁶²⁾, nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten. Von den genannten Bestimmungen könnte nur diese für die a.p.s. in Betracht kommen, da nur hier von einem „Recht, die Leistung an alle zu fordern“ die Rede ist.

Neben diesen gesetzlich geregelten Formen einer Gläubigermehrheit — wobei nur die an einer Forderung interessiert — gibt es die Gläubigermehrheit in der Form der schlichten Rechtsgemeinschaft²⁶³⁾ oder als Gemeinschaft zur gesamten Hand²⁶⁴⁾. In diesen Fällen ist zur Erfüllung (grundsätzlich) die Mitwirkung aller Mitberechtigten erforderlich. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand, die hier allein interessiert, untersteht jeweiligen Sonderregelungen und bildet insofern auch bei teilbaren Leistungen eine Ausnahme

²⁵⁷⁾ S. dazu auch Lux S. 36 ff.; etwas andere Einteilung bei Larenz, Allgemeiner Teil S. 373 ff. — In diesem Zusammenhang soll § 335 BGB zunächst außer acht gelassen werden.

²⁵⁸⁾ Enn. - Lehmann S. 353.

²⁵⁹⁾ Larenz aaO. S. 373.

²⁶⁰⁾ Einziges gesetzliches Beispiel § 2151 III BGB.

²⁶¹⁾ Larenz, Allgemeiner Teil S. 377.

²⁶²⁾ Nach Palandt - Danckelmann, Überbl. vor § 420 Anm. 4 c sind die §§ 342 u. 2039 besonders geregelte Fälle der Gesamthandsforderung; a.A. Lux S. 37: Abart der Gesamtforderung. So anscheinend auch Soergel - Siebert (Reimer Schmidt) Vorbem. 4 vor § 420.

²⁶³⁾ Vgl. Enn. - Lehmann S. 354: bestr., ob angesichts des § 420 eine Bruchteilsgemeinschaft auch bei teilbaren Forderungen vorkommen kann; vgl. hierzu auch Larenz, Rechtsgemeinschaft S. 166.

²⁶⁴⁾ Die Gesamthandsgemeinschaft wird zwar als eine Form der Gläubigermehrheit angesehen (vgl. Larenz, Allgemeiner Teil S. 374 sowie Diederichsen, MDR 1963, 632 (634) mit Nachweisen). Dies scheint nicht ganz unzweifelhaft. Denn die Stellung der einzelnen Mitberechtigten ist nicht die echter, selbständiger Gläubiger; vielmehr bilden sie eher in ihrer Zusammenfassung „den Gläubiger“, der allerdings von mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird. Die Gesamthandsgemeinschaft liegt m. E. zwischen Gläubigermehrheit und juristischer Person. Vgl. Larenz aaO, der dafür den Begriff „Mitgläubigerschaft“ wählt.

vom Grundsatz des § 420 BGB, als grundsätzlich nur alle zusammen fordern können. Das Leistungsforderungsrecht in der Gestalt der a.p.s. oder des § 2039 BGB ist die Ausnahme²⁶⁵).

Soweit man allein die Existenz eines gemeinschaftlichen Anspruchs aller Gesamthänder zugrunde legt, kann die a.p.s. den einzelnen Gesellschafter nur berechtigten, diesen Anspruch geltend zu machen. Dies entspricht dem Gesamthandsprinzip auch insofern, als es bei einer einheitlichen Forderung bleibt. Wenn auch grundsätzlich diese Forderung nur von allen Berechtigten zusammen geltend gemacht werden kann, so gehört dies doch nicht zum Wesen der gemeinschaftlichen Forderung; vielmehr ist auch eine solche Gestaltung mit dem Begriff der gemeinschaftlichen Forderung verträglich, bei der jeder der Mitberechtigten Leistung an alle verlangen kann²⁶⁶).

Behauptet demgegenüber der Bundesgerichtshof das Bestehen einer Gläubigermehrheit, d. h. eines gesamthänderisch gebundenen Anspruchs und gleichgerichteter eigener Ansprüche der einzelnen Gesellschafter nebeneinander, so fragt es sich, ob im geltenden Recht eine derartige Gestaltung einer Gesamthandsgemeinschaft möglich ist.

a) §§ 2039, 432 BGB als denkbare allgemeine Grundsätze

aa) § 2039 BGB

Der Fall, daß ein Mitberechtigter an einer gemeinschaftlichen Forderung allein Leistung an alle verlangen kann, findet sich für Gesamthandsverhältnisse ausdrücklich nur bei der Miterbengemeinschaft angeordnet. Es liegt daher nahe und ist auch verschiedentlich versucht worden²⁶⁷), den Grundsatz des § 2039 BGB analog auf alle Formen der Gesamthandsgemeinschaft, insbesondere die Gesellschaft anzuwenden²⁶⁸).

Die Frage ist aber, ob man durch die Anwendung des Grundsatzes des § 2039 BGB auf die a.p.s. das Ergebnis erzielen könnte, das der Bundesgerichtshof für die a.p.s. befürwortet: Daß nämlich der Einzelgesellschafter — dann entsprechend dem Miterben — einen eigenen Anspruch gegen seinen Mitgesellschafter geltend mache, der nicht mit dem gleichgerichteten Anspruch der Gesellschaft — entsprechend dem der Miterbengemeinschaft — verwechselt werden dürfe²⁶⁹).

Dieses Ergebnis kann aber durch die entsprechende Anwendung des § 2039 BGB gerade nicht gewonnen werden. Gegen die Gemeinschaftlichkeit der Forderung der Miterben wurde zwar eingewandt, eine Forderung bestehe nach der Legaldefinition des § 241 BGB in nichts anderem als in dem Recht einer Person, von einer anderen eine Leistung zu verlangen, und es seien daher so viele Forderungen anzunehmen, als mehrere Gläubiger berechtigt seien, von dem Schuldner eine, wenn auch dieselbe, Leistung zu verlangen²⁷⁰).

²⁶⁵) Vgl. Henckel S. 46: Bei der BGB-Gesellschaft und der OHG gibt es eine Einzelprozeßführungsbefugnis der Gesellschafter grundsätzlich nicht.

²⁶⁶) Larenz, Rechtsgemeinschaftl. S. 168; ders., Allgemeiner Teil S. 374.

²⁶⁷) RGZ 70, 32; 76, 278; zurückhaltender RGZ 86, 68 (69). Außer dem RG sieht insbesondere auch Engländer S. 169 in § 2039 BGB „den Ausdruck eines allgemeinen und für alle Rechtsgemeinschaftsarten unseres Rechts geltenden Rechtsgrundsatzes“. Die Frage ist aber sehr bestr.; viele halten § 2039 BGB für eine analoge Anwendung nicht fähige Ausnahmenvorschrift; so Lux S. 58; Fraenkel, JW 1913, 410 (411); Lion, JW 1913, 702; Ganssmüller, DB 1954, 860 (861).

²⁶⁸) In diesem Zusammenhang kommt es nicht auf die Unterscheidung zwischen einer Gesellschaftsforderung gegen einen Dritten oder einer solchen gegen einen Gesellschafter an. So folgerichtig auch das RG; vgl. RGZ 70, 32 und 76, 278.

²⁶⁹) So spricht Binder, Die Rechtsstellung des Erben III S. 52 jedem Miterben eine selbständige Forderung zu. Ebenso Siber, Jher Jb 70, 223 (288/9), der eine Vervielfältigung der Forderung annimmt.

²⁷⁰) Darauf weist Larenz, Rechtsgemeinschaftl. S. 168 und 169 hin.

Diese Auffassung wird jedoch mit Recht abgelehnt. Denn es darf nicht übersehen werden, daß nicht nur jeder der Miterben die Leistung an alle verlangen kann, sondern die Leistung auch und in erster Linie von allen zusammen verlangt werden kann und daß die trotz § 2039 BGB fortbestehende Einheitlichkeit der Forderung sich vor allem darin zeigt, daß über sie nur gemeinschaftlich von allen Miterben verfügt werden kann (§ 2040 I BGB)²⁷¹). Es ist daher Larenz zuzustimmen, wenn er sagt, es sei als gewiß zu betrachten, daß § 2039 nur die Ausgestaltung der Rechtsgemeinschaft modifiziere und sie daher gerade voraussetze, nicht aber etwas anderes, etwa die Teilung der Forderung an ihre Stelle setze²⁷²). Gläubiger ist die Gesamtheit der Miterben; ihr allein steht der Anspruch zur gesamten Hand zu, den der einzelne Miterbe kraft einer gesetzlichen (Einziehungs- und) Prozeßermächtigung geltend machen kann²⁷³). In jüngster Zeit hat vor allem Blomeyer mit überzeugenden Gründen nachgewiesen, daß es sich bei § 2039 BGB nur um eine einzige Forderung handeln kann und § 2039 BGB dem einzelnen nicht mehr gewährt als die Befugnis, unabhängig von den Miterben den gemeinschaftlichen Anspruch geltend zu machen²⁷⁴). Das ist heute die weithin herrschende Meinung²⁷⁵).

Daraus ergibt sich: Selbst wenn man § 2039 BGB auf Gesellschaftsverhältnisse anwenden könnte, was zweifelhaft und bestritten ist, würde man nur zu einem einheitlichen Anspruch gelangen, den der Mitgesellschafter geltend zu machen befugt wäre²⁷⁶).

Läßt sich mithin aus § 2039 BGB, also der speziellen Regelung eines Gesamthandsverhältnisses, nicht eine Gestaltung der Rechtsverhältnisse bei der Gesellschaft im Sinne des Bundesgerichtshofes herleiten, so fragt es sich, ob nicht eine andere Bestimmung des bürgerlichen Rechts diese Möglichkeit bietet.

bb) § 432 BGB

Die Gesamthandsberechtigung könnte in § 432 BGB, dem der § 2039 BGB nahezu wörtlich entspricht, ihre Regelung gefunden haben. Ein wesentlicher Unterschied gegenüber der Bestimmung des Erbrechts besteht allerdings darin, daß das Anwendungsgebiet des § 432 BGB auf unteilbare Leistungen beschränkt ist.

Die Frage, ob mit § 432 BGB auch die Gesamthandsverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt werden sollten, ist sehr umstritten. Das Reichsgericht hat in dieser Vorschrift ein allgemeines Prinzip erblicken wollen, das auch in § 2039 BGB seinen Ausdruck gefunden habe; dieser letzten Vorschrift habe es an sich nicht bedurft, da sich aus ihrer Entstehungsgeschichte ergebe, daß sie „als bereits in der allgemeinen Bestimmung des § 432 BGB enthalten angesehen worden“ sei und daß man es nur aus Zweckmäßigkeitsgründen für ratsam erachtet habe, sie für die Erbengemeinschaft noch besonders im Gesetz auszusprechen²⁷⁷). Im Schrifttum ist darauf hingewiesen worden, daß diese auf die Protokolle gestützte Argumentation fragwürdig sei,

²⁷¹) Larenz aaO S. 169.

²⁷²) Larenz aaO S. 169; siehe auch S. 176: „modifizierte Gesamthandsforderungen“.

²⁷³) Bartholomeyczik S. 229; vgl. auch Engländer S. 173 Anm. 328 (S. 174); s. ferner RGZ 149, 193 (194).

²⁷⁴) Blomeyer, AcP 159, 385 ff.

²⁷⁵) Vgl. statt aller Palandt - Rechenmacher § 2039 Anm. 1.

²⁷⁶) Das ist auch die Auffassung des RG, das § 2039 BGB auf die Gesellschaft angewandt hat; s. auch RGZ 171, 51 (52).

²⁷⁷) RGZ 70, 32; a.A. Kaufmann S. 95; Ganssmüller, DB 1954, 861; s. auch Josef, ArchBürgR 38, 83 ff.

da auch die gegenteilige Auffassung mit Hilfe derselben Protokollstelle begründet werde²⁷⁸⁾).

Wenn man § 432 BGB als allgemeines Prinzip auffassen und auf alle Gesamthandsverhältnisse anwenden will, so ist dies nur unter besonderen Voraussetzungen möglich:

Zunächst müßte die Gesamthandsforderung als Forderung auf eine unteilbare Leistung im Sinne des § 432 BGB angesehen werden können. Sodann müßte die Vorschrift auch auf Ansprüche angewandt werden können, die sich gegen einen der Gesamthänder selbst richten. Schließlich kann die Berufung auf diese Bestimmung zur Begründung der Meinung des Bundesgerichtshofs nur dann gelingen, wenn § 432 I 1 BGB jedem der Forderungsberechtigten einen eigenen Anspruch gibt; nur dann ist es möglich, daß neben dem Gesamthandsanspruch der Gemeinschaft mehrere unabhängige Einzelansprüche der einzelnen Gesamthänder stehen.

Nach dem Gesetzeswortlaut gilt § 432 BGB für unteilbare Leistungen, die mehrere zu fordern haben. Das Reichsgericht hat diese Vorschrift auch auf Gesamthandsverhältnisse angewandt, indem es der tatsächlichen Unteilbarkeit der Leistung in dieser Bestimmung die „rechtliche Unteilbarkeit“ an die Seite gestellt hat, weil kein Gesellschafter über seinen Anteil verfügen und der Schuldner nur an alle Gesellschafter leisten könne²⁷⁹⁾ 280).

Gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde eingewandt, daß Forderungen auf unteilbare Leistungen und Gesamthandsforderungen nicht zusammengeworfen werden könnten. Es hieße Voraussetzung und Folge verwechseln, wenn man die Teilbarkeit nach der Gemeinschaftsform bestimmen wollte²⁸¹⁾. Hätten mehrere Unverbundene eine Forderung gemeinsam ohne Gesamtgläubiger zu sein, so sei es natürlich Sinn und Absicht des Gesetzes, ihnen außer den durch ihr Zusammentreffen unvermeidlichen Beschränkungen keine sonstigen aufzuerlegen, sondern ihnen die Schwierigkeiten nach Möglichkeit zu erleichtern. Dem diene die Sondervorschrift des § 432 BGB. Ganz anders liege der Fall bei den durch konkrete Organisation zusammengefaßten Gesamthändern, wo von vornherein überall Zusammenhandeln verlangt werde²⁸²⁾.

Wenn auch die im Schrifttum gegen die „rechtliche Unteilbarkeit“ der Gesamthandsforderung vorgetragenen Bedenken begründet erscheinen könnten, so muß doch für die vorliegende Untersuchung von der Anwendbarkeit des § 432 BGB auf Gesamthandsforderungen ausgegangen werden. Um feststellen zu können, ob das geltende Recht eine Gestaltung der Gesamthand in der vom Bundesgerichtshof befürworteten Weise kennt, muß insoweit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegt werden, der die „rechtliche Unteilbarkeit“ der Gesamthandsforderung bejaht. Denn der Bundesgerichtshof hat § 432 BGB als auf Forderungen der BGB-Gesellschaft und auch der OHG für anwendbar erklärt²⁸³⁾. Nur wenn man aber diese Auffassung zum Ausgangspunkt nimmt, ist die Prüfung möglich, welche Forderungsrechte der dann anwendbare § 432 BGB für die Gesamthänder begründet.

²⁷⁸⁾ Ganssmüller aaO.

²⁷⁹⁾ RGZ 70, 32 (33); vgl. im übrigen oben S. 22 f.

²⁸⁰⁾ Für die Anwendung des § 432 BGB auf Gesamthandsverhältnisse RGZ 70, 32; 76, 276; DR 1940, 2169; BGH NJW 1963, 641; Enn. - Lehmann S. 378; Esser S. 449; Heck, Schuldrecht S. 236/7 u. a.; a.A. Kaufmann S. 95; Engländer S. 173 Anm. 328; Fraenkel, JW 1913, 410 ff.; Lion, JW 1913, 702; Staud. - Werner § 432 Anm. 1; in jüngster Zeit besonders Ganssmüller, DB 1954, 860 und NJW 1963, 641; Diederichsen, MDR 1963, 632 (633/4); Fehrman S. 46 ff.; Larenz, Allgemeiner Teil S. 374 Anm. 1 sowie Besonderer Teil S. 281; offen gelassen von OLG Celle NJW 1964, 869.

²⁸¹⁾ Lux S. 40.

²⁸²⁾ Kaufmann S. 97.

²⁸³⁾ BGHZ 12, 308 (313) und 17, 340 (346) für die BGB-Gesellschaft; BGH NJW 1963, 641 ff. für die OHG; vgl. auch oben S. 23 f., insbes. Anm. 50.

Bejaht man die „rechtliche Unteilbarkeit“ der gesamthänderisch gebundenen Forderung, so ist auch die weitere Voraussetzung gegeben. Es kommt nämlich, wie bereits erwähnt, für die Anwendung des § 432 BGB letztlich nicht darauf an, ob die Forderung sich gegen einen Gesellschafter richtet, sei es aus dem Gesellschaftsverhältnis oder aus einem Drittverhältnis oder gegen einen Dritten. Die Herkunft der Forderung ist insoweit ohne Bedeutung.

Geht man sonach davon aus, daß § 432 BGB auch die Geltendmachung eines Beitragsanspruchs durch den Einzelgesellschafter gegen seinen Mitgesellschafter regelt, so fragt sich, ob diese Bestimmung Gesamtanspruch und Einzelansprüche nebeneinander oder nur einen — gesamthänderisch gebundenen — Anspruch gewährt.

Sicher ist, daß § 432 BGB den mehreren Gläubigern einer unteilbaren Leistung einen Gesamtanspruch gibt: Die Gläubiger können die Leistung zusammen an alle fordern. Das ergibt sich unzweideutig aus dem Gesetzeswortlaut. Außerdem aber kann auch jeder einzelne Gläubiger allein die Leistung an alle Gläubiger zusammen fordern. In diesem Fall nehmen viele wie bei der Gesamtgläubigerschaft und im Gegensatz zu der — herkömmlichen — Auffassung von der Gesamthand das Vorliegen mehrerer Forderungen an²⁸⁴). Das zeige sich besonders daran, daß die mehreren Gläubiger für alle anderen Verfügungen, außer der Erhebung der Leistung, unabhängig voneinander seien²⁸⁵).

In der Tat könnte der Wortlaut des § 432 BGB, insbesondere des zweiten Absatzes, auf ein derartiges Ergebnis schließen lassen. Im folgenden ist die Auffassung Blomeyers zu erörtern, der zu dieser Frage Stellung genommen hat.

b) *Die Auffassung Blomeyers zu den §§ 2039, 432 BGB und ihre Folgerungen für die actio pro socio*

Blomeyer²⁸⁶) hat die Frage untersucht, ob die gemeinschaftliche Geltendmachung eines zum Nachlaß gehörenden Anspruchs durch alle Miterben gegenüber Dritten ein Fall notwendiger Streitgenossenschaft ist. Er hat in diesem Zusammenhang nachgewiesen, daß der Miterbe im Einzelprozeß nach § 2039, 1 BGB nicht einen eigenen, sondern den gemeinschaftlichen Anspruch aller Miterben geltend macht.

Zur Begründung hat Blomeyer ausgeführt, der erhobene Anspruch auf Leistung, welcher Inhalt des gemeinschaftlichen Rechts sei oder aus ihm erwache, betreffe eine „aus Gründen in der Person des Gläubigers“²⁸⁷), m. a. W. „rechtlich“ unteilbare Leistung. Das Verhältnis der angeblichen Einzelansprüche der Miterben (nach § 2039, 1 BGB) zueinander habe § 432 II BGB für die Ansprüche auf unteilbare Leistung geregelt. Danach hätten, sehe man von der „Gesamtwirkung“ der Erfüllung (an alle!) ab, Rechtsereignisse zwischen einem Gläubiger und dem Schuldner nur „persönliche Wirkung“²⁸⁸). Für die Klage des Miterben könne dies aber nicht zutreffen. So müsse der Schuldner durch die Mahnung eines Miterben gegenüber allen in Verzug geraten. Denn die Mahnung enthalte keine Verfügung; ihr Zweck, den Schuldner darüber aufzuklären, daß der Gläubiger die Leistung jetzt wirklich

²⁸⁴) V. Tuhr I S. 88/9; ebenso Enn. - Nipperdey, 1. Halbbd. S. 450; Enn. - Lehmann S. 377; Palandt - Danckelmann § 432 Anm. 2 a; Heck, Schuldrecht S. 236/7; Esser S. 438; Schafheutle S. 51; a. A. Larenz, Rechtsgemeinschaft S. 172 ff.; Blomeyer AcP 159, 385 ff.

²⁸⁵) V. Tuhr aaO.

²⁸⁶) Blomeyer, AcP 159, 385 ff. Der von Blomeyer ebenfalls untersuchte Fall des § 1011 BGB interessiert hier nicht, weil es sich dabei um einen Anwendungsfall der Vorschriften über die Buchteilsgemeinschaft handelt.

²⁸⁷) AaO S. 389.

²⁸⁸) AaO S. 392.

verlangt, sei erfüllt, wenn derjenige mahne, dem das „Einziehungsrecht“ zusteht. Nun wisse der Schuldner, daß er an alle zu erfüllen habe und müsse darum auch gegenüber allen in Verzug kommen²⁸⁹⁾.

Müsse somit die Mahnung eines einzelnen Miterben gegenüber dem Schuldner „Gesamtwirkung“ haben, so gelte dies ebenso für die Verjährungsunterbrechung durch Erhebung der Einzelklage und das Verlangen der Hinterlegung für alle Miterben²⁹⁰⁾. Infolgedessen sei § 432 II BGB, für den die Bestimmungen über die Gesamtgläubigerschaft als Vorbild gedient hätten, auf die Verhältnisse der Miterben nur eingeschränkt anwendbar²⁹¹⁾.

Darüber hinaus treffe es auch nicht zu, daß der Anspruch des Einzelgläubigers nach § 432 BGB frei abtretbar und deshalb ein „eigener Anspruch“ sei²⁹²⁾. Die Abtretung des Anspruchs scheitere bereits an seinem Zweck, die Leistung für die Gemeinschaft einzuziehen. Damit entfalle jede Selbständigkeit des Einzelanspruchs; tatsächlich sei er nicht mehr als die Möglichkeit, die gemeinschaftliche Forderung in Prozeßführung für die Gemeinschaft einzuziehen²⁹³⁾.

Es fragt sich nun, welche Folgerungen sich aus den Darlegungen Blomeyers für die a.p.s. ergeben. Der von ihm untersuchte Fall des § 2039 BGB liegt freilich insofern anders als die a.p.s., als er der Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen gegen einen Dritten durch einen Einzelgesellschafter entsprechen würde. Dagegen würde die Einzelbefugnis des Miterben der a.p.s. des Gesellschaftsrechts nur dann entsprechen, wenn ein Miterbe Schuldner des Nachlasses wäre²⁹⁴⁾.

Trotz dieser Verschiedenheit ist die Problematik im Grunde die gleiche. Die Vorschrift des § 432 BGB ist ebenso für die Begründung der a.p.s., also des Rechts des Einzelgesellschafters zur Geltendmachung eines Anspruchs gegen einen Mitgesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis auf Leistung an die Gesellschaft wie für die Begründung des Rechts des einzelnen zur Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen gegen Dritte verwendet worden²⁹⁵⁾. In beiden Fällen handelt es sich darum, für den einzelnen Gesellschafter eine Klagebefugnis im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten zu schaffen. Die Vorschrift des § 432 BGB regelt die Aktivseite des einzelnen an einer Forderung auf unteilbare Leistung Beteiligten. Für die Aktivseite kann es aber keinen Unterschied machen, ob sich der Anspruch gegen einen Mitgesellschafter oder gegen einen Dritten richtet. Beide Anspruchsarten sind auf Seiten der Gesellschaft Gesamthandsforderungen und unterscheiden sich insoweit nur durch ihre verschiedene Zielrichtung²⁹⁶⁾. Der Anspruch gegen den Mitgesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis ist ebenso gesamthänderisch gebunden wie der Anspruch gegen einen Gesellschafter aus einem sogenannten Drittverhältnis oder gegen einen beliebigen dritten Schuldner der Gesellschaft. Die Aktivseite ist auch deshalb unverändert, weil der Gesellschafter in jedem Falle auf der fordernden Seite mitbeteiligt ist, also auch, wenn er selbst schuldet — sei es außergesellschaftlich oder nicht. Bejaht man den Grundsatz der „rechtlichen Unteilbarkeit“ überhaupt, so muß er für alle Fälle gelten.

Bestehen somit zwischen der Vorschrift des § 2039 BGB und der a.p.s. des Gesellschaftsrechts keine rechtskonstruktiven Unterschiede, so kann auch

²⁸⁹⁾ AaO S. 393.

²⁹⁰⁾ AaO S. 394.

²⁹¹⁾ AaO S. 392.

²⁹²⁾ Vgl. oben S. 60 Anm. 284.

²⁹³⁾ Blomeyer aaO S. 401/2.

²⁹⁴⁾ Vgl. oben S. 32.

²⁹⁵⁾ Vgl. Näheres oben S. 22 f.

²⁹⁶⁾ Auch Fehrman S. 38 weist nachdrücklich auf die notwendige Gleichbehandlung beider Anspruchsgruppen hin.

bei dieser nur die Ansicht richtig sein, die dem Einzelgesellschafter allein die Befugnis zuspricht, den gemeinschaftlichen Anspruch aller geltend zu machen. Ein frei verfügbarer eigener Anspruch des Personalgesellschafters würde dem Gesamthandsprinzip widersprechen; er läßt sich auch über § 432 BGB nicht begründen.

c) *Actio pro socio und fremdnütziger Anspruch*

Nach alledem kennt die Rechtsordnung keine Gesamthandsverhältnisse, bei denen neben dem gesamthänderisch gebundenen, gemeinschaftlichen Anspruch aller Gesamthänder noch Einzelsprüche der verschiedenen Gesamthänder stünden. Auch § 432 BGB gewährt, sofern er überhaupt auf alle Gesamthandsverhältnisse anzuwenden ist, nur einen einheitlichen Anspruch.

Die a.p.s. kann somit kein eigener Anspruch des einzelnen Gesellschafters in dem üblicherweise gebrauchten Sinne sein, daß nämlich der Gläubiger dieses Anspruchs frei darüber verfügen könnte. Indessen schließt allein die Tatsache, daß jemand über einen Anspruch nicht verfügen und nicht Leistung an sich verlangen kann, nicht aus, daß er dessen Gläubiger ist. Denn es gibt im geltenden Recht Fälle echter materiellrechtlicher Ansprüche, die vom Gläubiger geltend gemacht werden können, ohne daß dieser Leistung an sich verlangen oder über den Anspruch verfügen könnte, ferner, ohne aus der Nichterfüllung dieses Anspruchs Schadensersatzansprüche an sich herleiten zu können. Man kann diese Fälle nach einem Vorschlag Sibers als sog. „fremdnützige Ansprüche“ bezeichnen²⁹⁷). Die Figur des fremdnützigen Anspruchs könnte die Voraussetzungen erfüllen, die an die a.p.s. als „eigenen“ Anspruch zu stellen wären. Dies soll durch einen Vergleich des Rechts des Personalgesellschafters mit den gesetzlichen Fällen fremdnütziger Ansprüche geprüft werden.

aa) § 2194 BGB und actio pro socio

Einen fremdnützigen Anspruch enthält einmal § 2194 BGB, wonach die Vollziehung einer testamentarisch angeordneten Auflage²⁹⁸) des Erblassers der Erbe, der Miterbe und derjenige verlangen kann, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustattenkommen würde. Die Ähnlichkeit dieses Vollzugsrechts mit der a.p.s. als „eigenem Anspruch“ ist offensichtlich: Im Falle des § 2194 BGB kann von mehreren Berechtigten jeder allein den Vollzug der Auflage verlangen, wie auch jeder einzelne Gesellschafter von dem schuldenden Mitgesellschafter im eigenen Namen dessen Beitragsleistung an die Gesellschaft fordern kann. Der Anspruch aus § 2194 BGB kann als fremdnütziges Recht weder übertragen noch belastet, noch einem anderen zur Ausübung überlassen noch gepfändet werden²⁹⁹).

Man wird den Anspruch des Auflagevollzugsberechtigten als ein materielles Gläubigerrecht anzusehen haben, auf das die allgemeinen Bestimmungen über Schuldverhältnisse mit Ausnahme derjenigen Bestimmungen anzuwenden sind, die ein vermögensrechtliches Interesse des Berechtigten voraussetzen³⁰⁰). Der vor allem früher verschiedentlich vertretenen Ansicht, das Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, sei „eine mehr formale Befugnis“³⁰¹), kann nicht gefolgt werden. Diese Auffassung geht davon aus, daß nach dem Bürger-

²⁹⁷) Erbrecht S. 61, 72, 107 für § 2194 BGB. Dagegen ist normalerweise ein Anspruch „eigenen“.

²⁹⁸) § 1940 BGB: Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (Auflage).

²⁹⁹) Bartholomeyczik S. 292.

³⁰⁰) Mot. V S. 215; Staud. - Seybold § 2194 Anm. 7; vgl. auch Kohler, ArchBürgR 21, 259.

³⁰¹) Vgl. Mot. V S. 214; Hellwig, Verträge S. 58/59; Erman - Hense § 2194 Anm. 1.

lichen Gesetzbuch die Leistung in jedem Falle einen Vermögenswert besitzen müsse; daher sei die Regelung des § 2194 BGB etwas „Exceptionelles“, nämlich ein Klagrecht, dem ein privatrechtlicher Anspruch nicht zugrunde liege, eben deshalb nicht, weil das vermögensrechtliche Interesse des Berechtigten fehle³⁰²⁾ ³⁰³⁾. Auf das vermögensrechtliche Interesse des Berechtigten kann es jedoch für den Begriff des Anspruchs nicht entscheidend ankommen. Nach der Legaldefinition des § 194 BGB erfordert der Begriff des Anspruchs nur „das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen“. Auch der Versprechensempfänger beim Vertrag zugunsten Dritter hat nicht notwendigerweise ein eigenes wirtschaftliches Interesse, ohne daß ihm deshalb sein Gläubigerrecht angezweifelt werden würde³⁰⁴⁾ ³⁰⁵⁾.

In der Tat ist das Rechtsverhältnis dem unechten Vertrag zugunsten Dritter ähnlich³⁰⁶⁾. Während der Auflagebegünstigte kein Gläubigerrecht hat, steht dem Vollzugsberechtigten ein eigener klagbarer und vollstreckungsfähiger, aber fremdnütziger Anspruch gegen den Beschwerten auf die Leistung an den Auflagebegünstigten zu, der ebensowenig forderungsberechtigt ist wie der Dritte. Der Beschwerte hat die Rechtsstellung des Versprechenden, der Vollzugsberechtigte die des Versprechensempfängers³⁰⁷⁾.

Handelt es sich somit auch bei dem Recht aus § 2194 BGB um einen materiellen Anspruch, so könnte man es für möglich erachten, auch die a.p.s. als zwar eigenen, aber fremdnützigen Anspruch des Gesellschafters anzusehen. Zahlreiche Gründe sprechen jedoch gegen eine solche Annahme.

Zunächst wäre bei einer Übertragung des Grundgedankens des § 2194 BGB auf die Verhältnisse in der Personalgesellschaft zu beachten, daß § 2194 BGB eine Ausnahmebestimmung und daher eng auszulegen ist. Denn daß ein eigener Anspruch eines Gläubigers nicht verfügbar und nicht auf Leistung an sich, sondern einen anderen gerichtet ist, stellt sicherlich die Ausnahme dar, da regelmäßig die Leistung in das Privatvermögen des Forderungsberechtigten übergehen soll³⁰⁸⁾.

Dieser Ausnahmecharakter des § 2194 BGB erklärt sich daraus, daß es sich um eine reine Zweckkonstruktion handelt. Sinn der Vorschrift ist es, die Durchführung des letzten Willens des Erblassers zu sichern und sie nicht dem Belieben des mit der Auflage Beschwerten zu überlassen³⁰⁹⁾. Dazu macht sich das Gesetz die Pietät oder zum mindesten die Mißgunst zunutze³¹⁰⁾.

Einer der in § 2194 BGB genannten Personen steht das Klagerecht insoweit nicht zu, als damit der Vollzug einer zu ihren Gunsten gemachten Auflage verlangt werden soll. Denn der Begünstigte hat nach § 1940 BGB keinen Anspruch auf die dem Beschwerten auferlegte Leistung. Es würde dem Wesen der Auflage widersprechen, wenn der Begünstigte sich diesen Anspruch prak-

³⁰²⁾ Hellwig aaO. Ähnlich Johannsen in BGB-RGRK § 2194 Anm. 7 und Palandt - Keidel § 2194 Anm. 1.

³⁰³⁾ Zum Begriff des Klagrechts bei Hellwig vgl. ders., Anspruch und Klagrecht S. 157.

³⁰⁴⁾ Schultze, Jher Jb 43, 1 ff. (91) unter Hinweis auf Hellwig, Verträge S. 76 ff.

³⁰⁵⁾ Planck - Flad V § 2194 Anm. 1 halten es für sachlich bedeutungslos, ob man das in § 2194 BGB bestimmte Recht als Forderungsrecht bezeichne oder nicht; ähnl. Strohal I, S. 38 Fußn. 8.

³⁰⁶⁾ Schultze aaO S. 91; Bartholomeyczik S. 292; Kipp - Coing S. 273; Palandt - Keidel § 2194 Anm. 1; a.A. anscheinend Lange S. 286/7.

³⁰⁷⁾ So Bartholomeyczik aaO.

³⁰⁸⁾ V. Tuhr I S. 142.

³⁰⁹⁾ Der Beschwerte würde die Auflage oft nicht erfüllen; auch wenn die von ihm zu erbringende Leistung keinen Vermögenswert hat, was möglich ist (Planck - Flad, Vorbem. 2 vor § 2192), kann sie doch eine unangenehme Pflicht bedeuten; vgl. Beispiele für Auflagen bei Kipp - Coing S. 272.

³¹⁰⁾ Lange S. 286.

tisch auf dem Umweg verschaffen würde, daß er das Klagerecht aus § 2194 BGB, das einen anderen Zweck hat, ausübt³¹¹⁾).

Die Auflage soll in erster Linie dem Erblasser ermöglichen, Zwecke zu verwirklichen, für die die Begründung eines subjektiven Rechts unmöglich ist³¹²⁾. Weiterhin kann aber auch dem Erblasser daran liegen, jemanden zu begünstigen, ohne den Beschwerzten dem Druck des Begünstigten auszusetzen. Dieses Ziel wäre aber nicht erreichbar, wenn der Begünstigte Vermächtnisnehmer wäre, also einen eigenen klagbaren Anspruch gegen den Beschwerzten hätte (§ 2174 BGB). Bei der Anordnung eines Vermächtnisses dagegen liegt es nur im Interesse des Erblassers, den Bedachten von der unmittelbaren Erbschaft über den Nachlaß auszuschließen und auf eine Nachlaßgläubigerforderung zu beschränken³¹³⁾. Infolgedessen war auch die Rechtsgestaltung, wie sie in § 2194 BGB niedergelegt ist, die einzige Möglichkeit, die Auflage vom Vermächtnis abzugrenzen. Hätte man dem Vollzugsberechtigten einen normalen obligatorischen Anspruch gewährt, so bestünde zwischen Auflagebegünstigtem und Vermächtnisnehmer kein rechtskonstruktiver Unterschied.

Daß die a.p.s. kein echtes fremdnütziges Recht sein kann, ergibt sich aus der Interessenlage, die in der Personalgesellschaft eine ganz andere ist als im Falle der Auflage. Zwischen Erblasser und Vollzugsberechtigten besteht keine Interessengemeinschaft; dem Erblasser kommt es weniger auf die Person des Überwachenden als vielmehr darauf an, daß die Auflage überhaupt und mit möglicher Sicherheit ausgeführt wird³¹⁴⁾. Dagegen ist die Personalgesellschaft eine Interessengemeinschaft, deren Beteiligte regelmäßig wirtschaftliche Ziele verfolgen. Der Gesellschafter ist an der ständigen Erreichung des Gesellschaftszweckes naturgemäß selbst interessiert. Der Gesellschafter ist auch und gerade dann klageberechtigt, wenn er nur sein eigenes Interesse im Auge hat³¹⁵⁾, das er aber zwangsläufig nur mittelbar, nämlich durch Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses, verfolgen kann. Gerade das beweist die „Eigennützigkeit“ der a.p.s.; denn sie wäre unnötig, ginge es nur um das Interesse des „Begünstigten“, d. h. der Gesellschaft, die ja selbst immer einen eigenen Anspruch auf die Leistung hat.

Wegen dieser „Eigennützigkeit“ der a.p.s. kann der Gesellschafter auch frei darüber entscheiden, ob er gegen einen Mitgesellschafter vorgehen oder darauf verzichten will, auch dann, wenn das Gesellschaftsinteresse die Klageerhebung gerade erfordern würde. Dagegen kann der Vollzugsberechtigte auf seinen Anspruch, wenn überhaupt, so nur dann verzichten, wenn der Verzicht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht³¹⁶⁾.

Die Gegensätzlichkeit der Rechtsinstitute Auflagevollzugsberechtigung und a.p.s. wird auch deutlich, wenn man sich die Folgen einer schuldhaften Nichterfüllung durch den Beschwerzten bzw. den schuldenden Gesellschafter vergegenwärtigt. Der nach § 2194 BGB zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage Berechtigte kann ebensowenig die Leistung an sich verlangen wie der mit der a.p.s. klagende Gesellschafter. Der Vollzugsberechtigte kann aber auch nicht an Stelle der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung ver-

³¹¹⁾ BGH v. 8. 5. 1952, IV ZR 220/51; Johannsen in BGB-RGRK § 2194 Anm. 4.

³¹²⁾ Dies folgt daraus, daß geschichtlicher Ausgangsfall und einer der häufigsten Gegenwartsfälle der Auflage die Sicherung des Grabdenkmals ist, vgl. Lange S. 281; Kipp - Coing S. 272.

³¹³⁾ Bartholomeyczik S. 277; Lange S. 260.

³¹⁴⁾ Vgl. Prot. V S. 246.

³¹⁵⁾ Der Gesellschafter verfolgt letztlich immer sein Eigeninteresse; das ergibt sich, soweit wirtschaftliche Zwecke erstrebt werden, allein schon aus der Teilnahme an Gewinn und Verlust der Gesellschaft.

³¹⁶⁾ Palandt - Keidel § 2194 Anm. 1; Johannsen in BGB-RGRK § 2194 Anm. 9; Staud. - Seybold § 2194 Anm. 9. Dagegen will Lange S. 286 den Verzicht ganz ausschließen.

langen³¹⁷⁾, und zwar weder an sich selbst, noch an den Auflagebegünstigten. Da dieser keinen Anspruch gegen den Beschwerten auf die Leistung erwirbt, kann er auch keinen Schadensersatzanspruch aus der Nichterfüllung der Auflage erwerben³¹⁸⁾, der durch ihn oder einen Vollzugsberechtigten geltend gemacht werden könnte³¹⁹⁾.

Anders ist dies im Personalgesellschaftsrecht. Zwar kann auch hier der mit der a.p.s. klagende Gesellschafter nicht auf Schadensersatz an sich klagen, wenn der Mitgesellschafter die Erfüllung seiner gesellschaftsvertraglichen Pflichten schuldhaft unmöglich macht. Das verschuldete Unmöglichwerden der Erfüllung dieser Pflichten erzeugt jedoch Schadensersatzansprüche. Den Ersatz dieses Schadens kann der Gesellschafter mit der a.p.s. an die Gesamthand fordern.

Aus alledem ergibt sich, daß der Grundgedanke des § 2194 BGB nicht auf die a.p.s. übertragen werden kann.

bb) § 335 BGB und actio pro socio

Ebenfalls als „fremdnützig“ wird der Anspruch bezeichnet, der beim Vertrag zugunsten eines Dritten dem Versprechensempfänger nach § 335 BGB zusteht³²⁰⁾. Danach kann dieser, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht. Zu einem solchen eigenen Anspruch des Gesellschafters gelangen die Ansichten, welche die a.p.s. durch analoge Anwendung der §§ 328 ff. BGB begründen³²¹⁾.

Im Falle des § 335 BGB entstehen zwei inhaltsgleiche Forderungen auf Leistung an den Dritten³²²⁾. Darin und in den Folgen der Verletzung des Forderungsrechts durch den Versprechenden spiegelt sich die große Ähnlichkeit der a.p.s. mit dem Vertrag zugunsten Dritter. Der Versprechensempfänger kann bei verschuldeter Unmöglichkeit, Verzug, positiver Vertragsverletzung nur Schadensersatz an den Dritten und nur ausnahmsweise bei eigenem Schaden Ersatz an sich selbst fordern, nämlich dann, wenn der Versprechende ihm — dem Versprechensempfänger — durch Verletzung der Verpflichtung zur Leistung an den Dritten Schaden zufügt³²³⁾. Ebenso ist die Rechtslage, wenn ein Gesellschafter seinen Beitrag nicht leistet: auch der daraus resultierende Schadensersatzanspruch kann nur zugunsten der Gesellschaft geltend gemacht werden.

Gemeinsam ist aber der a.p.s. und dem Anspruch des Versprechensempfängers aus § 335 BGB nur, daß die Leistung an einen anderen als den Anspruchsinhaber erfolgt. Der Anspruch des Versprechensempfängers aus § 335 BGB ist übertragbar³²⁴⁾, jedenfalls auf den Dritten³²⁵⁾; im Gegensatz dazu wäre die Übertragbarkeit des Einzelanspruchs des Personalgesellschafters ausgeschlossen³²⁶⁾.

³¹⁷⁾ Vgl. statt aller Johannsen in BGB-RGRK § 2194 Anm. 7. Er selbst kann schon mangels eines vermögensrechtlichen Interesses keinen Schadensersatzanspruch haben; vgl. Mot. V S. 215; Staud. - Seybold § 2194 Anm. 7.

³¹⁸⁾ RG Warn 1937 Nr. 133; Bartholomeyczik S. 290.

³¹⁹⁾ Als Folge des durch den Beschwerten verschuldeten Unmöglichwerdens der Erfüllung der Auflage gewährt § 2196 I BGB lediglich einen Bereicherungsanspruch.

³²⁰⁾ Esser S. 406/7.

³²¹⁾ Vgl. oben S. 21.

³²²⁾ Enn. - Lehmann S. 155; Staud. - Werner § 335 Anm. I, 2 mit Literaturhinweisen; BGHZ 3, 385 (388); a.A. anscheinend Lent - Jauernig S. 54.

³²³⁾ Staud. - Werner aaO.

³²⁴⁾ Palandt - Danckelmann § 335 Anm. 1.

³²⁵⁾ RGZ 150, 133.

³²⁶⁾ S. hierzu unten S. 70 f.

Im übrigen gilt auch hier das zu § 2194 BGB Gesagte³²⁷⁾, daß nämlich die a.p.s., könnte man sie überhaupt als „eigenen“ Anspruch des Personalgesellschafters ansehen, nicht als fremdnütziger Anspruch verstanden werden könnte. Denn die a.p.s. ist nur notgedrungen fremdnützig; als Rechtsschutz des Einzelgesellschafters ist sie ihrem Wesen nach eigennützig.

2. Ergebnis

Nach alledem ist erwiesen, daß die a.p.s. kein eigener Anspruch des Personalgesellschafters, auch nicht im Sinne eines sogenannten „fremdnützigen“ Anspruchs sein kann. Dieses Ergebnis soll im folgenden an praktischen Beispielen überprüft werden.

³²⁷⁾ S. oben S. 64.

C. Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Auswirkungen der beiden widersprechenden Auffassungen über die *actio pro socio*

I. Überblick

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß nach rechtsdogmatischen Gesichtspunkten allein die Auffassung befriedigen kann, welche die a.p.s. als Geltendmachung des gesamthänderisch gebundenen Sozialanspruchs versteht. Nur so kann der Gesamthandsgedanke verwirklicht werden.

Da aber das Rechtsinstitut der a.p.s. seine Entstehung praktischer Notwendigkeit verdankt, muß es auch praktisch brauchbar sein. Ob die oben- genannte Auffassung diesem Anspruch genügt, soll durch einen Vergleich mit der gegenteiligen Meinung an Hand von Beispielsfällen festgestellt werden. Dabei handelt es sich besonders darum, welche Einwirkungsmöglichkeit der zur a.p.s. berechnete Personalgesellschafter auf den gemeinschaftlichen oder den eigenen Anspruch gegen den Gesellschafter-Schuldner hat. In materiell- rechtlicher Hinsicht wird die Frage einer Verfügung über den Anspruch im Vordergrund stehen, im verfahrensrechtlichen Bereich das Problem der Prozeß- standschaft, der Rechtskraft des vom Gesellschafter erstrittenen Urteils und der Folgen der Veräußerung des Gesellschaftsanteils durch den klagenden Gesellschafter während des Prozesses.

II. Materiellrechtliche Unterschiede und Gemeinsamkeiten

1. Die Verfügung über den mit der *actio pro socio* geltend gemachten Anspruch

Bei der Untersuchung der Folgen, die sich für das einzelne Mitglied einer Personalgesellschaft daraus ergeben können, ob man ihm in der Gestalt der a.p.s. einen eigenen Anspruch gegen den Mitgesellschafter-Schuldner oder nur das Recht zuerkennt, den Anspruch der Gesellschaft im eigenen Namen geltend zu machen, ist von besonderer Bedeutung die Frage nach der Möglich- keit des Einzelgesellschafters, über den „eigenen“ oder fremden Anspruch zu verfügen³²⁸⁾.

Unter einer Verfügung versteht das Bürgerliche Gesetzbuch ein Rechts- geschäft, durch das unmittelbar ein bestehendes Recht übertragen, belastet, in seinem Inhalt verändert oder aufgehoben wird³²⁹⁾. Im folgenden sollen die verschiedenen Möglichkeiten der Verfügung über den Anspruch, der Gegen- stand der a.p.s. ist, untersucht werden. Dabei ist mit der Übertragung als einer der wesentlichsten Möglichkeiten der Verfügung über einen Anspruch zu beginnen.

a) Abtretung

Die Frage, ob der Einzelgesellschafter den mit der a.p.s. geltend gemachten Anspruch auf einen Dritten übertragen kann, soll am folgenden Fall ge- prüft werden:

Der Gesellschafter A der BGB-Gesellschaft A, B und C schuldet seinen Geldbeitrag an die Gesellschaftskasse. Kann B, der mit der a.p.s. den Anspruch

³²⁸⁾ Eine Verfügung kann nur in Betracht kommen, soweit es sich um eine Forde- rung auf Geld oder eine geldwerte Leistung, also um eine vermögenswerte Forderung handelt; vgl. Larenz, Allgemeiner Teil S. 338.

³²⁹⁾ Enn. - Nipperdey, 2. Halbbd. S. 882; Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB S. 102.

gegen A geltend machen könnte, diesen Anspruch an D abtreten? Ist das Ergebnis verschieden, je nachdem, ob man dem Einzelgesellschafter B einen eigenen Anspruch oder nur die Befugnis zur Geltendmachung des Gesellschaftersanspruchs zuerkennt?

Vor der Beantwortung dieser Fragen muß aber noch festgestellt werden, ob es sich bei den Ansprüchen, die Gegenstand der a.p.s. sind, überhaupt um übertragbare Ansprüche handelt und ob diese von der Gesellschaft selbst übertragen werden können.

Die Übertragung eines Rechts erfolgt durch Abtretung. Die Forderung (der schuldrechtliche Anspruch)³³⁰⁾ ist im Gegensatz zum absoluten Recht eine Beziehung von Person zu Person, und zwar auf beiden Seiten natürlicher wie juristischer Person.

Die Möglichkeit, durch Übertragung den Gläubiger der Forderung auszuwechseln, ohne deren Identität zu ändern, also einer Rechtsnachfolge in die Forderung, erscheint nicht ohne weiteres gegeben, wenn man berücksichtigt, daß die Forderung ebenso wie ihre Quelle, das Schuldverhältnis, nicht bloß eine Rechts- sondern auch eine Vertrauensbeziehung darstellt³³¹⁾. Gleichwohl geht das BGB vom Grundsatz der Übertragbarkeit der Forderung aus³³²⁾. Gemäß § 398 BGB kann eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluß des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

Daß der Anspruch gegen den Einzelgesellschafter eine schuldrechtliche Forderung ist und die Begriffe Anspruch und Forderung identisch sind, wurde bereits hervorgehoben³³³⁾. Dieser Anspruch kann grundsätzlich vom Berechtigten an Dritte abgetreten werden, es sei denn, daß er seinem Wesen nach nicht abtretungsfähig ist, wie etwa der Anspruch auf Führung der Geschäfte der Gesellschaft³³⁴⁾.

Hat aber ein Gesellschafter seinen Beitrag in Geld zu erbringen, so leuchtet ohne weiteres ein, daß diese Leistung auch an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann; infolgedessen können gegen die Abtretbarkeit der Forderung aus § 399 BGB im allgemeinen keine Bedenken hergeleitet werden.

Sind somit die Ansprüche gegen den Einzelgesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis auf Leistung an die Gesellschaft grundsätzlich übertragbar, so können sie von der Gesellschaft selbst auf Dritte übertragen werden. Die Abtretung durch die Gesellschaft ist unabhängig davon, ob man sie als alleinige Gläubigerin der Verpflichtung des Einzelgesellschafters ansieht oder ob man daneben den übrigen Gesellschaftern „eigene“ Ansprüche zuerkennt. Im ersten Falle kann die Gesamthand den Anspruch abtreten, weil ihr als

³³⁰⁾ Die einzelne Forderung erwächst aus dem Schuldverhältnis, der „konstanten Rahmenbeziehung“. Da sich die einzelne Forderung zwangsläufig gegen eine bestimmte Person richtet — denn mit der Entstehung des Forderungsrechts werden Gläubiger und Schuldner bestimmt — erfüllt sie alle Voraussetzungen des Anspruchs. Die Begriffe Anspruch und Forderung sind mithin identisch; h. L.; vgl. Esser S. 70; Enn. - Nipperdey, 2. Halbbd. S. 1365 mit Literaturhinweisen. — Daß der Anspruch gegen den Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis eine schuldrechtliche Forderung ist, ist unzweifelhaft.

³³¹⁾ Palandt - Danckelmann, Überblick vor § 398 Anm. 1.

³³²⁾ Dieser Grundsatz der Übertragbarkeit der Forderung wird in zahlreichen Fällen durchbrochen. Das Gesetz bestimmt zunächst in den §§ 399, 400 drei Fälle der Unabtretbarkeit; dazu kommen zahlreiche Fälle der Unabtretbarkeit kraft besonderer Bestimmung im BGB (z. B. § 613, 2 BGB) und in anderen Gesetzen. Auch kann die Ausübung des Abtretungsrechts u. U. gemäß § 242 BGB unzulässig sein; vgl. Palandt - Danckelmann § 399 Anm. 5.

³³³⁾ S. Anm. 330.

³³⁴⁾ Weipert in HGB-RGRK § 109 Anm. 13.

Gläubigerin das Recht zur Verfügung über die Forderung zusteht. Das gleiche gilt aber auch im zweiten Falle: Auch hier ist die Gesamthand Gläubigerin — wenn auch daneben Ansprüche der Einzelgesellschafter bestehen — und ihr soll die Leistung zufließen. In beiden Fällen handelt es sich um die Abtretung des Sozialanspruchs, d. h. des Anspruchs „der Gesellschaft gegen den vertraglich verpflichteten Gesellschafter“³³⁵⁾.

Infolgedessen hindert auch das Abtretungsverbot des § 717, 1 BGB die Gesellschaft nicht, die ihr zustehenden Sozialansprüche an Dritte abzutreten. Denn diese Vorschrift, wonach die Ansprüche, die den Gesellschaftern gegeneinander zustehen, nicht übertragbar sind, bezieht sich nicht auf die Sozialansprüche, sondern nur auf die Ansprüche des einzelnen Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis gegen seine Mitgesellschafter. Das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter und der persönliche Charakter der Gesellschaft schließen solche Abtretungen aus³³⁶⁾. Bei den Sozialansprüchen aber „handelt es sich nicht um Ansprüche einzelner Gesellschafter“... sondern um Ansprüche, die den verbundenen Gesamthändern gegen einen einzelnen zustehen. „Diese von der gesamten Hand erfaßten Ansprüche werden von § 717 BGB nicht getroffen“^{337) 338)}. Würden die Sozialansprüche unter das Abtretungsverbot fallen, so käme man zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß auch die Gesellschaft selbst, obwohl alleinige Gläubigerin, diese Ansprüche nicht übertragen könnte.

Somit ist die Rechtslage bei einer Abtretung durch die Gesellschaft nach beiden Auffassungen gleich. Unterschiede könnten sich jedoch in der Frage der Übertragung des Anspruchs durch den Einzelgesellschafter ergeben.

aa) Anspruch der Gesamthand

Ist der einzelne nur befugt, den Anspruch der Gesamthand geltend zu machen, so kann er ihn nicht abtreten, da er nicht der Gläubiger ist (§ 398, 1 BGB)³³⁹⁾. Die Rechtslage ist dann die gleiche wie im Falle des § 2039 BGB. Auch hier kann der klagewillige Miterbe den Nachlaßanspruch nicht allein übertragen. Das ergibt sich schon aus § 398, 1 BGB, weil Gläubigerin die Gesamthand ist; darüber hinaus ist aber noch in § 2040 I BGB ausdrücklich geregelt, daß die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können.

In beiden Fällen kommt ein gutgläubiger Erwerb der dennoch abgetretenen Forderung durch den Dritten mangels eines Rechtsscheintatbestands grundsätzlich nicht in Betracht³⁴⁰⁾. Jedoch kann die Gesamthand den vom Einzelgesellschafter bzw. Miterben mit dem Dritten geschlossenen Abtretungsvertrag gemäß § 185 II 1 BGB genehmigen³⁴¹⁾.

³³⁵⁾ BGH NJW 1960, 964.

³³⁶⁾ Vgl. auch Mot. II S. 614.

³³⁷⁾ RGZ 76, 276 (280/1); ferner RGZ 76, 434 (436); Staud. - Kessler § 717 Anm. 7; Fischer in BGB-GRK § 717 Anm. 2; Larenz, Besonderer Teil S. 277.

³³⁸⁾ A. A. zu Unrecht Enn. - Lehmann S. 739/40, wonach § 717 auch für die vermögensrechtlichen Ansprüche, namentlich die Sozialansprüche gelte, die der gesamthänderischen Verbundenheit der Gesellschafter zustehen. — § 717 paßt auf die Sozialansprüche auch nicht mit der von Palandt - Gramm § 717 Anm. 1 d gemachten Einschränkung ... „soweit sie von einem Gesellschafter allein geltend gemacht werden können“. Damit wird der Sozialanspruch kein Anspruch, der dem einzelnen Gesellschafter zustünde.

³³⁹⁾ Der Gesellschafter kann allenfalls, d. h. wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht, seine Mitgliedschaft und mit dieser sein Recht zur a.p.s. übertragen; vgl. unten S. 97 Anm. 503.

³⁴⁰⁾ Vgl. statt aller Larenz, Allgemeiner Teil S. 343/4.

³⁴¹⁾ Diese Frage ist wiederholt für die Abtretung einer Gesellschaftsforderung durch einen Gesellschafter (vgl. RGZ 149, 19 [24]) sowie für den gleichliegenden Fall der Übertragung einer Nachlaßforderung durch einen Miterben (vgl. RGZ 152, 380 [382/3]; BGHZ 19, 138 [139]) entschieden worden und gilt ebenso für den Fall einer Einwilligung nach § 185 I BGB.

bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters

Anders könnte die Rechtslage bei Annahme eines „eigenen“ Anspruchs sein. Hat der Gesellschafter, wie der Bundesgerichtshof meint, einen eigenen, nicht mit dem der Gesellschaft identischen Anspruch, so wäre zu vermuten, daß der Gesellschafter diesen seinen Anspruch frei abtreten könnte. Denn der Anspruch würde zum Privatvermögen des Gesellschafters gehören³⁴²). Allerdings könnte die a.p.s als neben dem Anspruch der Gesellschaftergesamtheit stehender selbständiger Anspruch des Einzelgesellschafters zu den Ansprüchen gehören, deren Übertragbarkeit durch § 717, 1 BGB ausgeschlossen wird.

Danach sind die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, nicht übertragbar. Diese Vorschrift entstand aus der Erwägung³⁴³), daß der Gesellschaftsvertrag auf gegenseitigem Vertrauen beruhe und das Gesellschaftsverhältnis nach der passiven wie der aktiven Seite an die Person des Gesellschafters gebunden sei. Dies werde ohne weiteres am Beispiel der Hauptverpflichtung deutlich, welche der eine Gesellschafter gegenüber den anderen durch den Gesellschaftsvertrag übernehme, nämlich der auf Leistung der versprochenen Beiträge³⁴⁴). Der auf Leistung der Beiträge gerichtete Anspruch habe die Beschaffenheit, daß durch die Leistung an einen Dritten deren Inhalt geändert werden würde³⁴⁵), da die Beiträge nur zu Gesellschaftszwecken verlangt werden könnten, der Dritte aber außerhalb der Gesellschaft stehe und in diese nur unter Zustimmung aller Gesellschafter eintreten könne³⁴⁶).

Allein aus der Begründung, die die Motive³⁴⁷) für die Einführung dieser Vorschrift geben, ist zu entnehmen, daß § 717 BGB nur auf solche Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander zugeschnitten ist, die auf Leistung an sie selbst gerichtet sind. Denn nur dann besteht die Gefahr, daß ein Dritter Inhaber eines Rechts wird, das nur einem Gesellschafter zukommen kann. Infolgedessen wird der „eigene“ Anspruch auf Leistung an die Gesellschaft von § 717 BGB nicht umfaßt.

Ebenso ist die Übertragbarkeit des „eigenen“ Anspruchs nicht durch § 399 BGB ausgeschlossen³⁴⁸). Denn auch diese Vorschrift setzt mit dem Begriff des Gläubigers Identität von Forderungsberechtigtem und Leistungsempfänger voraus³⁴⁹). Sie trifft aber nicht den Fall, in dem die Leistung an einen anderen als den Forderungsberechtigten zu erbringen ist. Der Dritte, dem der „eigene“ Anspruch abgetreten würde, müßte ebenfalls „Leistung an die Gesellschaft“ verlangen, da durch § 398 BGB der Leistungsinhalt des Anspruchs nicht verändert wird. Die für die Anwendung des § 399 BGB wesentliche Frage, ob die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder nicht, würde sich daher gar nicht stellen.

³⁴²) Daß der Beitragsanspruch zu den vermögenswerten Rechten der Gesellschafter gehört — sofern man ihn als eigenen auffaßt — betont auch Becker S. 92.

³⁴³) Mot. II S. 614.

³⁴⁴) Bei der Schaffung dieser Vorschrift wurde davon ausgegangen, daß nur Ansprüche der Gesellschafter untereinander, nicht aber auch solche der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter in Betracht kämen. So noch RG Warn 1910 Nr. 55 = Recht 1910 Nr. 312 = RG BayZ 1910, 98; RG Recht 1910 Nr. 3911; RG LZ 1911, 61 Nr. 17.

³⁴⁵) Daran zeigt sich, daß § 717 ein Anwendungsfall des § 399 BGB ist; vgl. Erman - Westermann § 399 Anm. 7.

³⁴⁶) Mot. aaO.

³⁴⁷) Mot. II S. 614.

³⁴⁸) So aber anscheinend Weipert in HGB-RGRK § 109 Anm. 6.

³⁴⁹) Gläubiger ist in § 399 BGB der forderungsberechtigte Leistungsempfänger. Es ist davon auszugehen, daß der Begriff des Gläubigers in § 398 BGB in demselben Sinne gebraucht ist.

Die Abtretung des „eigenen“ Anspruchs ist jedoch aus einem anderen Grunde ausgeschlossen, ohne daß die Nichtübertragbarkeit gesetzlich hätte bestimmt werden müssen. Diese ergibt sich schon aus dem Zweck des Anspruchs, die Leistung für die Gemeinschaft einzuziehen³⁵⁰⁾. Auch dem Gesellschafter steht — wie dem Miterben der Anspruch aus § 2039 BGB — der Anspruch nur kraft seiner besonderen Stellung in der Rechtsgemeinschaft zu. Von dieser Stellung kann der Anspruch ebensowenig durch Abtretung getrennt werden wie das Recht des Miterben nach § 2039 BGB von der Miterbeneigenschaft. Wenn auch die a.p.s. als eigener Anspruch ihrem Wesen nach kein „fremdnütziger“ wäre³⁵¹⁾, so hätte sie doch in verschiedener Hinsicht dieselbe Wirkung³⁵²⁾.

Als Ergebnis folgt daraus, daß der mit der a.p.s. geltend gemachte Anspruch nach keiner Auffassung vom Einzelgesellschafter abgetreten werden kann. Nur der Grund der Nichtübertragbarkeit ist in beiden Fällen ein anderer: Im einen ist die Abtretung durch die fehlende Gläubigerschaft des Gesellschafters, im anderen durch den Zweck des Anspruchs ausgeschlossen.

Als praktischer Unterschied zwischen beiden Ansichten bleibt festzuhalten: Geht man allein vom Bestehen eines Sozialanspruchs aus, so kann der Gesellschafter mit Zustimmung der Gesamthand gemäß § 185 BGB wirksam über deren Anspruch verfügen.

b) Verpfändung

Ebenso ist die Rechtslage bei der Frage der Verpfändbarkeit des mit der a.p.s. geltend zu machenden Anspruchs. Wie in dem unter a) behandelten Falle kann die Gesellschaft als solche den Beitragsanspruch gegen einen Gesellschafter — oder einen sonstigen vermögenswerten Sozialanspruch — nach beiden Ansichten verpfänden. Eine Verpfändung des angeblich „eigenen“ Anspruchs des Gesellschafters kommt aber ebensowenig in Frage wie eine Abtretung, da an einem Rechte, soweit es nicht übertragbar ist, ein Pfandrecht nicht bestellt werden kann, § 1274 II BGB.

Als praktischer Unterschied zwischen den beiden widersprechenden Auffassungen ergibt sich auch hier die Möglichkeit einer Heilung durch Genehmigung nach § 185 II 1 BGB, wenn der Einzelgesellschafter als Nichtberechtigter über den Sozialanspruch der Gesellschaft verfügt hatte.

c) Aufrechnung

Als eine weitere Form der Verfügung über einen Anspruch ist die Frage zu untersuchen, inwieweit die mittels der a.p.s. geltend zu machende Forderung, etwa der Beitragsanspruch gegen einen Personalgesellschafter, von einem Mitgesellschafter zur Aufrechnung verwendet werden kann. Die Frage soll an folgendem Beispiel veranschaulicht werden:

In der BGB-Gesellschaft A, B und C hat B gegen A eine fällige Darlehensforderung von 500 DM. B schuldet seinerseits Beitrag in gleicher Höhe an die Gesellschaftskasse, dessen Leistung A mittels der a.p.s. verlangen kann. Klagt B auf Rückzahlung des Darlehens, so fragt es sich, ob A gegen die Klageforderung mit dem Beitragsanspruch aufrechnen kann.

Auch hier ist wieder zunächst zu prüfen, ob überhaupt eine Aufrechnung mit Beitragsansprüchen in Frage kommen kann.

³⁵⁰⁾ So Blomeyer AcP 159, 385 (401) für den Miterben.

³⁵¹⁾ S. oben S. 62 ff.

³⁵²⁾ Ein Beitragsanspruch des B gegen A auf Leistung an die Gesellschaft könnte D nur etwas nützen, wenn er gleichzeitig gegen die Gesellschaft vorgehen will. Dann aber würde er deren Anspruch gegen A pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.

Für diese Problematik ist von § 719 II BGB auszugehen, der bestimmt, daß der Schuldner gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen kann. Das Verfügungsverbot gilt somit auch für den Versuch eines Gesellschafters, eine Schuld an die Gesellschaft durch Aufrechnung mit seinen Privatansprüchen gegen andere Gesellschafter zu tilgen³⁵³).

Gesellschaftsforderungen und Privatforderungen sind mangels Gegenseitigkeit nicht aufrechenbar, — und zwar von keiner Seite. Das gilt auch, wenn die Gegenforderung des schuldenden Gesellschafters sich gegen alle anderen Gesellschafter richtet, aber eben keine Gesamthandsverbindlichkeit ist, für die das Gesellschaftsvermögen haftet. Aufrechenbar sind nur Gesamthandsforderungen gegen Gesamthandsschulden und auch sie nur durch die zuständigen Geschäftsführer oder alle geschäftsführungsberechtigten Teilhaber³⁵⁴).

Sicher ist, daß die Gesellschaft selbst — durch einen oder mehrere geschäftsführungsbefugte und vertretungsberechtigte Gesellschafter — mit einem Sozialanspruch, z. B. dem Beitragsanspruch etwa gegen eine Forderung des betreffenden Gesellschafters aus einem der Gesellschaft gewährten Darlehen aufrechnen kann. Denn der Gesellschaft steht als Gläubigerin des Sozialanspruchs das Verfügungsrecht über diesen Anspruch zu. Insoweit gelangt man auch dann zu keinem anderen Ergebnis, wenn man der Auffassung des Bundesgerichtshofes folgen wollte: Auch hiernach ist die Gesellschaft als solche alleinige Gläubigerin des Sozialanspruchs, neben dem dann nur noch ein selbständiger und eigener Anspruch des Einzelgesellschafters steht.

Es fragt sich nun, wie es mit der Aufrechnungsbefugnis des Einzelgesellschafters hinsichtlich des Anspruches auf die Beitragsleistung seines Mitgesellschafters steht.

aa) Anspruch der Gesamthand

Die gesetzlichen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts enthalten keine Regelung der Frage, ob der Einzelgesellschafter etwa einen Beitragsanspruch gegen einen Mitgesellschafter zur Aufrechnung verwenden kann. Das Gesetz schließt nur aus, daß der einzelne als Schuldner der Gesellschaft gegen einen Sozialanspruch aufrechnen kann. Denn es handelt sich dabei um eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört und dagegen kann gemäß § 719 II BGB³⁵⁵) der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen. Der Grund für diese Vorschrift liegt darin, daß die nach § 387 BGB erforderliche Gegenseitigkeit fehlt, weil die Forderung den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zusteht³⁵⁶). Die Frage, ob der Einzelgesellschafter mit einem Sozialanspruch aufrechnen kann, muß daher aus den allgemeinen Bestimmungen des Aufrechnungsrechts beantwortet werden.

Hier ist dem einzelnen eine Aufrechnung mit dem Sozialanspruch verwehrt; es fehlt schon an der nach § 387 BGB erforderlichen Gegenseitigkeit der Forderungen, weil es sich bei der mit der a.p.s. geltend gemachten Forderung um einen Anspruch der Gesellschaft handelt³⁵⁷). Darüber hinaus steht dem Gesellschafter das Verfügungsrecht über die Forderung der Gesamthand nicht zu³⁵⁸).

³⁵³) Esser S. 731.

³⁵⁴) Esser aaO.

³⁵⁵) Dieser Vorschrift des Gesellschaftsrechts entspricht § 2040 II BGB für die Erbengemeinschaft.

³⁵⁶) Palandt - Gramm § 719 Anm. 2 d.

³⁵⁷) Statt aller Geller in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 84 aa.

³⁵⁸) Palandt - Gramm § 719 Anm. 2 d.

Das Hindernis der fehlenden Verfügungsmacht wäre zwar durch Einwilligung der Gesellschaft zu beheben³⁵⁹). Indes könnte selbst die Einwilligung der Gesellschaft dem Gesellschafter die Aufrechnung mit der Gesellschaftsforderung nicht ermöglichen, da auch die Einwilligung des Forderungsinhabers nicht das der Aufrechnung entgegenstehende Hindernis der fehlenden Gegenseitigkeit der Forderungen beseitigt³⁶⁰).

bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters

Bei Annahme eines „eigenen“ Anspruchs des Gesellschafters müßte dagegen eine Aufrechnung mit der Forderung gegen den beitragspflichtigen Gesellschafter durch den mit der a.p.s. vorgehenden Einzelgesellschafter möglich sein. Aus § 719 II BGB könnten dagegen keine Bedenken hergeleitet werden. Denn es würde sich um zwei Privatansprüche handeln, die grundsätzlich gegeneinander aufgerechnet werden könnten. Indessen scheitert die Aufrechnung auch in diesem Falle an dem Fehlen der Voraussetzungen des § 387 BGB. Danach kann eine Aufrechnung nur stattfinden, wenn zwei Personen einander aufrechenbare Leistungen schulden, es sich also um gegenseitige Forderungen handelt. Das ist aber gerade nicht der Fall: Der zur a.p.s. berechnete Gesellschafter hätte zwar einen selbständigen Anspruch; die Leistung wird aber nicht ihm, sondern der Gesamtheit der Gesellschafter geschuldet. Eine Aufrechnung ist somit auch nach der Konstruktion des Bundesgerichtshofes ausgeschlossen.

d) Kündigung

Bei der Erörterung der Frage, inwieweit der Einzelgesellschafter über die mit der a.p.s. geltend zu machende Forderung verfügen kann, ist die Prüfung der Möglichkeit einer Kündigung des Anspruchs durch den Gesellschafter bedeutsam. Ist in dem Gesellschaftsvertrag der OHG A, B und C vereinbart, daß die Fälligkeit des Jahresbeitrags der einzelnen Gesellschafter erst nach vierteljährlicher Kündigung eintreten soll, so fragt es sich, ob und gegebenenfalls mit welcher Wirkung der Einzelgesellschafter den Beitragsanspruch gegenüber dem Mitgesellschafter kündigen kann³⁶¹).

Durch die Kündigung soll häufig nach rechtsgeschäftlicher Bestimmung oder gesetzlicher Vorschrift die Leistungszeit bestimmt werden. Unter einer Kündigung versteht man die einseitige empfangsbedürftige Erklärung, daß ein Dauerrechtsverhältnis für die Zukunft beendet (Beendigungskündigung) oder eine Leistung fällig werden soll (Fälligkeitskündigung) — und zwar entweder sofort oder zu einer späteren Zeit³⁶²). Bezieht sich die Kündigung auf mehrere Einzelforderungen, so macht sie diese sofort oder in einem späteren Zeitpunkt fällig und wirkt so auf das Ende des Schuldverhältnisses hin. Die Beendigungswirkung bezieht sich aber nicht auf das Schuldverhältnis

³⁵⁹) Eine Genehmigung wäre deshalb nicht möglich, weil die Aufrechnungserklärung nach § 388 BGB ein einseitiges Rechtsgeschäft in Ausübung eines Gestaltungsrechts, daher ohne Einwilligung nicht schwebend unwirksam, sondern nichtig ist, vgl. Palandt - Dankelmann, Überbl. vor § 104 Erl. 3 d; Enn. - Nipperdey, 2. Halbbd. S. 1246; Esser S. 311; BGHZ 11, 27 (37).

³⁶⁰) RGZ 78, 382 (383/4); Erman - Westermann § 387 Anm. 1; Börner NJW 1961, 1505 ff. Anders wäre die Rechtslage nur im Falle eines sog. Aufrechnungsvertrages, dessen Wirksamkeit nicht vom Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB abhängt. Dann könnte der Einzelgesellschafter mit Zustimmung der Gesellschaft über deren Anspruch durch Aufrechnung verfügen. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen Vertrages vgl. RGZ 72, 377 (378), Larenz, Allgemeiner Teil S. 333/4 sowie Börner aaO.

³⁶¹) Einen ähnlichen Fall enthält RGZ 76, 276 ff., wobei das RG allerdings offen gelassen hat, ob es sich bei der dort erforderlichen Ankündigung des Termins, in dem die vereinbarten Zubeuforderungen erhoben werden sollten, um eine Kündigung im technischen Sinne handelte.

³⁶²) Enn. - Lehmann S. 108; Esser S. 365.

als Organismus, sondern auf das daraus fließende Einzelschuldverhältnis, die Forderung. Die Kündigung bewirkt demnach eine Rechtsänderung, ist also eine Verfügung über das Schuldverhältnis — die Forderung — und setzt infolgedessen Verfügungsbefugnis voraus³⁶³).

Es kommt im vorliegenden Fall naturgemäß nur die Fälligkeitkündigung hinsichtlich einzelner Forderungen in Betracht, weil das Schuldverhältnis i. w. S., das Gesellschaftsverhältnis, gerade nicht beendet werden soll³⁶⁴).

aa) Anspruch der Gesamthand

Folgt man der Auffassung, die dem Gesellschafter nur das Recht einräumt, den Anspruch der Gesellschaft geltend zu machen, so ist eine Kündigung durch den einzelnen ausgeschlossen, weil ihm das Verfügungsrecht über die Forderung fehlt.

Dem entspricht die Rechtslage bei der Erbengemeinschaft. Auch hier verhindert § 2040 I BGB, der nur eine gemeinschaftliche Verfügung aller Miterben über einen Nachlaßgegenstand zuläßt, die wirksame Kündigung einer Nachlaßforderung durch einen einzelnen Miterben³⁶⁵).

Ebensowenig kann die von einem Einzelgesellschafter wie Miterben vorgenommene Kündigung einer Gesamthandsforderung durch Genehmigung der übrigen Gesamthänder nach § 185 II 1 BGB wirksam werden. Bei der Kündigung handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit nicht bis zur Erteilung der Genehmigung nach § 184 BGB mit der Folge der Rückwirkung in der Schwebe bleiben kann. Ein derartiges Rechtsgeschäft ist schlechthin wirkungslos. Diese Frage ist zwar ausdrücklich nur für die Kündigung einer Nachlaßforderung durch einen Miterben entschieden worden³⁶⁶). Sie gilt aber als allgemeiner Grundsatz³⁶⁷), daher auch bei der nichtberechtigten Kündigung einer Gesellschaftsforderung durch den Einzelgesellschafter.

bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters

Faßt man dagegen mit dem Bundesgerichtshof die a.p.s. als eigenen Anspruch des Gesellschafters auf, so ergibt sich:

Ist nach der Bestimmung des Gesellschaftsvertrags die Fälligkeit des Sozialanspruchs von einer Kündigung des Gläubigers, der Gesellschaft, abhängig, so muß dies auch für den „eigenen“ Anspruch des Gesellschafters gelten. Sonst hätte er als einzelner umfassendere Befugnisse als die Gesellschaft. Andererseits muß er aber auch als Gläubiger eines eigenen Rechts die Möglichkeit haben, durch Kündigung die Fälligkeit seiner Forderung herbeizuführen. Auch hindert keine gesetzliche Bestimmung den Gesellschafter als Gläubiger des eigenen Anspruchs, über diesen durch Kündigung zu verfügen. Die Vorschrift des § 719 I BGB, wonach der Gesellschafter nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazugehörenden Gegenständen verfügen darf, trifft auf den Fall der Kündigung

³⁶³) Enn. - Lehmann aaO; Esser aaO; teilweise a.A. Molitor S. 1 und S. 36: Kündigung nur als rechtsvernichtendes Gestaltungsgeschäft und somit als Verfügung durch Aufhebung; vgl. auch Enn. - Nipperdey, 1. Halbbd. S. 442, der bei den Gestaltungsrechten oder Rechten auf Rechtsänderung zwischen Kündigungsrechten zum Zwecke der Aufhebung (Aufhebungsrechte) und Kündigungsrechten zum Zwecke der Herbeiführung der Fälligkeit als Rechtsänderungsrechten i.e.S. unterscheidet. Da die Kündigung in jedem Falle als Verfügung angesehen wird, ist die Verschiedenheit der Auffassungen in diesem Zusammenhang bedeutungslos.

³⁶⁴) Das Einzelschuldverhältnis — für die jeweilige jährliche Beitragsforderung — soll beendet werden. Die Kündigung hat aber nicht die Wirkung der Erfüllung, Larenz, Allgemeiner Teil S. 24; Esser S. 365.

³⁶⁵) RGZ 65, 5 (6); Erman - Bartholomeyczik § 2039 Anm. 2.

³⁶⁶) RGZ 146, 314 (316).

³⁶⁷) Vgl. statt vieler RGZ 141, 220 (223) sowie Staud. - Coing § 184 Anm. 2.

der eigenen Forderung nicht zu. Denn diese wäre weder Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen noch an einem dazugehörigen Gegenstand, sondern Teil seines Privatvermögens³⁶⁸⁾.

Es fragt sich nun, welche Wirkung die Kündigung des Einzelgesellschafters haben würde. Geht man davon aus, daß er zu einer Zeit kündigt, zu der auch die Gesellschaft hätte kündigen können, so dürfte der Anspruch gegen den Mitgesellschafter auf Leistung des Beitrags an die Gesellschaft nur dem Kündigenden gegenüber fällig werden, da Verfügungen über den „eigenen“ Anspruch nur eine persönliche Wirkung für und gegen den Rechtsinhaber entfalten könnten³⁶⁹⁾. Die Folge wäre, daß die Gesellschaft, wollte sie nun ihrerseits ihren Anspruch verfolgen, erst dessen Fälligkeit durch Kündigung herbeiführen müßte. Denn es ist ja ein anderer Anspruch als der des Gesellschafters und das gleiche hätte für einen anderen Gesellschafters zu gelten, wenn er mittels der a.p.s. seinen, d. h. wiederum einen anderen Anspruch gegen den Gesellschafter-Schuldner geltend machen wollte. Ebenso dürfte umgekehrt eine Kündigung des Sozialanspruchs durch die Gesellschaft keine Wirkung auf die Fälligkeit des Anspruchs des Einzelgesellschafters haben.

Dies würde jedoch zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Mit Eintritt der Fälligkeit des „eigenen“ Anspruchs wäre der Gesellschafter-Schuldner verpflichtet, die Leistung an die Gemeinschaft zu erbringen. Mit der Leistung würde der Anspruch des Einzelgesellschafters durch Erfüllung erlöschen. Notwendigerweise müßte aber auch der nicht fällige Gesamthandsanspruch gemäß § 362 I BGB erlöschen, weil die Erfüllung des eigenen Anspruchs nur durch die Erfüllung des Sozialanspruchs möglich ist³⁷⁰⁾.

Damit käme aber die Kündigung des „eigenen“ Anspruchs in ihrer Wirkung einer Verfügung über den gemeinschaftlichen Anspruch der Gesamthand gleich, zu der der Einzelgesellschafter ebensowenig wie der Miterbe berechtigt ist (vgl. §§ 719 I, 2040 I BGB). Das beweist, daß es einen eigenen Anspruch, über den der einzelne frei verfügen könnte, in der Gesamthandsgemeinschaft nicht geben kann.

e) Stundung und Erlaß

In der Kommanditgesellschaft A, B und C ist der Kommanditist B nach dem Gesellschaftsvertrag zur Leistung einer bestimmten Kapitaleinlage verpflichtet. Es fragt sich, ob der Kommanditist C, der mit der a.p.s. gegen seinen Mitgesellschafter B vorzugehen berechtigt ist, die Forderung stunden oder erlassen kann.

Die Stundung ist eine Verfügung, da die bestehende Forderung inhaltlich verändert wird³⁷¹⁾. Meist wird der Ausdruck für das Hinausschieben der Fälligkeit einer schon bestehenden Leistungspflicht (Betagung der Leistung) gebraucht, gelegentlich auch für das Versprechen des Gläubigers, die schon fällige Forderung zeitweise nicht geltend zu machen (pactum de non petendo³⁷²⁾). Die Stundung ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die

³⁶⁸⁾ Der zum Gesellschaftsvermögen gehörende Gegenstand ist die Forderung der Gesellschaft, an der der Gesellschafter beteiligt ist; dieser Anteil ist es, den § 719 I BGB meint. Der Einzelanspruch dagegen gehört nicht zum Gesellschaftsvermögen.

³⁶⁹⁾ Denn die Kündigung ist nicht Erfüllung und hat daher keine Gesamtwirkung.

³⁷⁰⁾ Ebenso im Falle der §§ 335, 2194 BGB. Dagegen erlöschen bei der Gesamtgläubigerschaft die mehreren Forderungen auf dieselbe Leistung, obwohl nur ein Anspruch erfüllt wird.

³⁷¹⁾ V. Tuhr III S. 326; s. auch Esser S. 339 und Staud. - Firsching § 2367 Anm. 5.

³⁷²⁾ Palandt - Danckelmann § 271 Anm. 2 g; was sich im Einzelfall hinter der Stundung verbirgt — Hinausschieben der Fälligkeit durch Ergänzungsvertrag, pactum de non petendo oder Zeitbestimmung i. S. des § 163 BGB — bleibt der Auslegung überlassen.

durch Annahme oder Erfüllung der Stundungsbedingungen wirksam wird, also ein Vertrag i. S. des § 305 BGB³⁷³).

Der Erlaßvertrag ist seinem Wesen nach ein verfügender Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner; er bewirkt, daß das Schuldverhältnis erlischt (§ 397 I BGB).

aa) Anspruch der Gesamthand

Erkennt man nur die Existenz des Sozialanspruchs der Gesamthand an, den der einzelne geltend zu machen befugt ist, so kann dieser dem schulden- den Genossen den Anspruch weder wirksam stunden noch erlassen³⁷⁴). Denn es läge in beiden Fällen eine vertragsmäßige Verfügung über die Forderung der Gesamthand vor, zu der der einzelne nicht berechtigt ist. Die dennoch vom Einzelgesellschafter mit dem Schuldner vereinbarten, schwebend unwirk- samen Stundungs- oder Erlaßabreden können aber von der Gesamthand nach § 185 II 1 BGB genehmigt werden³⁷⁵).

Die Befugnisse des Personalgesellschafters und des Miterben im Falle des § 2039, 1 BGB sind damit gleich: Auch der Miterbe kann dem Nachlaß- schuldner die zum Nachlaß gehörende Forderung nur mit Zustimmung der Erbengemeinschaft wirksam stunden oder erlassen³⁷⁶).

bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters

Ist aber jeder Gesellschafter — mit Ausnahme des Gesellschafter-Schuldners als einzelner — Gläubiger eines „eigenen“ Beitragsanspruchs neben dem Sozial- anspruch der Gesellschaft, so muß er über diesen seinen Anspruch selbständig verfügen, ihn also dem Schuldner auch stunden oder erlassen können.

Derartige Stundungs- oder Erlaßverträge zwischen dem Einzelgesellschafter und dem Schuldner wären zwar rechtlich wirksam. Es fragt sich aber, ob diese Abreden für den Gesellschafter-Schuldner von praktischem Nutzen sein könnten. Voraussetzung dafür wäre, daß die Gesellschaft an die Stundung bzw. den Erlaß des „eigenen“ Anspruchs gebunden wäre, weil andernfalls der Gesellschafter trotz der Stundung oder des Erlasses als Gemeinschaftler bei der Gesamthandsklage gegen seinen Mitgesellschafter vorgehen könnte.

Den Fall, daß die Gesellschaft an die Stundung oder den Erlaß des „eigenen“ Anspruchs gebunden wäre, regelt § 423 BGB in Verbindung mit § 429 III 1 BGB³⁷⁷). Ein Fall einer Gesamtgläubigerschaft kann jedoch der „eigene“ Anspruch des Personalgesellschafters gerade nicht sein, weil der Gesellschafter-Schuldner nur an die Gesellschaft selbst leisten kann. Auch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften kommt nicht in Betracht. Den Rechtsverhältnissen beim „eigenen“ Anspruch weit ähnlicher und deshalb allein entsprechender Anwendung fähig wäre § 432 BGB. Aber selbst wenn man unberücksichtigt läßt, daß diese Vorschrift nur einen Gesamtanspruch aller Gesellschafter gewähren würde, ließe sich daraus keine „Gesamtwirkung“ einer Stundung oder eines Erlasses des „eigenen“ Anspruchs herleiten. Denn Absatz 2 dieser Vorschrift bestimmt, daß — mit Ausnahme der Erfüllung und der Erfüllungssurrogate (§ 432 I BGB) — eine Tatsache, die nur in der Person eines Gläubigers eintritt, nicht für und gegen die anderen wirkt. Da weder

³⁷³) Esser aaO.

³⁷⁴) Die gleiche praktische Wirkung, aber ohne rechtliche Folgen hat es, wenn der Gesellschafter von der Erhebung der a.p.s. absieht.

³⁷⁵) Zur Genehmigung des Erlaßvertrages vgl. Erman - Westermann § 397 Anm. 3.

³⁷⁶) Vgl. statt aller Kipp - Coing S. 480/1.

³⁷⁷) § 423 BGB: Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner verein- barter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließen- den das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten. Diese Bestimmung findet gemäß § 429 III 1 BGB auf die Gesamtgläubigerschaft entsprechende Anwendung.

Stundung noch Erlaß eine Erfüllung bedeuten, gibt es somit keine Möglichkeit, eine Gesamtwirkung solcher hinsichtlich des eigenen Anspruchs getroffenen Vereinbarungen herbeizuführen. Infolgedessen wäre die Gesellschaft an diese Abreden nicht gebunden, so daß der Gesellschafter, der an der gemeinschaftlichen Geltendmachung des gesamthänderisch gebundenen Sozialanspruchs notwendig mitbeteiligt ist, trotz der Stundung oder des Erlasses des „eigenen“ Anspruchs gegen seinen Mitgesellschafter vorgehen könnte.

Schon die Prüfung der Verfügbarkeit des vom Einzelgesellschafter mit der a.p.s. geltend gemachten Anspruchs zeigt, daß die Theorie vom „eigenen“ Anspruch des Personalgesellschafters auch den Erfordernissen der praktischen Rechtsanwendung nicht gerecht werden kann. Die notwendige Wirkung einer Verfügung der Gesellschaft über den Sozialanspruch auf den angeblichen Einzelanspruch vermag diese Ansicht nicht zu erklären. Es ist aber nicht zu bezweifeln, daß etwa ein Erlaßvertrag zwischen der Gesellschaft und dem seinen Beitrag schuldenden Gesellschafter auch den eigenen Anspruch des einzelnen erlöschen lassen müßte. Im übrigen machen die untersuchten Fälle deutlich, daß wirksame Verfügungen des Einzelgesellschafters über den „eigenen“ Anspruch ebensowenig möglich sind wie nach der wohl herrschenden Auffassung über den Sozialanspruch, so daß die Befugnis des Gesellschafters nicht als echter materieller Anspruch angesehen werden kann.

2. Die Mahnung

Von den rechtserheblichen Verhaltensweisen, die keine Verfügung über die Forderung enthalten, ist für die a.p.s. die Mahnung³⁷⁸⁾ von Bedeutung. Denn die a.p.s. ist das Recht, eine Forderung gegen einen Personalgesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen; zur außergerichtlichen Geltendmachung gehört außer dem Verlangen der Leistung auch die Mahnung. Kann der Einzelgesellschaftler die Leistung fordern, so muß er auch eine Mahnung aussprechen können.

Ist in der BGB-Gesellschaft A, B und C der Gesellschafter A mit seinem Beitrag im Rückstand und mahnt nun der zur a.p.s. berechnigte B den Schuldner, so fragt es sich, welche Wirkung diese Mahnung hat.

a) Anspruch der Gesamthand

Nach § 284 I BGB kommt der Schuldner in Verzug, wenn er auf eine nach Eintritt der Fälligkeit erfolgende Mahnung des Gläubigers die Leistung nicht erbringt. Daß die Gesellschaft selbst die Mahnung aussprechen kann, ist unbestritten. Es wird nun behauptet, daß bei der Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand eine rechtswirksame Mahnung nur von allen Gläubigern gemeinschaftlich ausgehen könne, ausgenommen beim Miterbenverhältnis, wo jeder Erbe Leistung an alle fordern könne³⁷⁹⁾. Das wäre allerdings nur dann richtig, wenn der Gesellschafter zu selbständigem Vorgehen gegen den Mitgesellschafter-Schuldner nicht berechnigt, das Gesamthandsprinzip also ausnahmslos durchgeführt wäre. Die a.p.s. bedeutet jedoch eine Durchbrechung

³⁷⁸⁾ Die Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete Aufforderung des Gläubigers, die Leistung zu bewirken; sie ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. statt aller Staud. - Werner § 284 Anm. II 1 a). Die Rechtsnatur der Mahnung ist umstritten; nach h.L. (vgl. Staud. - Werner aaO mit Literaturhinweisen; Heck, Schuldrecht S. 108; Esser S. 337) ist sie ein rechtsgeschäftlicher Akt, nach a.A. eine geschäftsähnliche Rechtshandlung (Enn. - Lehmann S. 219; Larenz, Allgemeiner Teil S. 265). In keinem Falle aber ist sie eine Verfügung, da sie keine unmittelbare Änderung oder Aufhebung, sondern Ausübung des Anspruchs ist; vgl. auch Blomeyer, AcP 159, 385 (393).

³⁷⁹⁾ Staud. - Werner aaO; das Recht des Miterben zur Mahnung ist allgemein anerkannt, s. Erman - Bartholomeyczik § 2039 Anm. 2.

des Prinzips der gesamten Hand und verschafft dem Gesellschafter ein dem Miterbenrecht nach § 2039 BGB entsprechendes selbständiges Recht, den an die Gesamthand zu erfüllenden Anspruch geltend zu machen. Dann aber muß der Gesellschafter auch entsprechend dem Miterben allein den Schuldner mahnen können, die Leistung an die Gesellschaft zu erbringen, ungeachtet der Tatsache, daß er nicht eigentlich Gläubiger der Leistung ist³⁸⁰).

Die Wirkung dieser vom Einzelgesellschafter ausgesprochenen Mahnung kann nur so sein, daß der Gesellschafter-Schuldner gegenüber allen Gesamthändern in Verzug kommt. Denn die Mahnung betrifft den fälligen Anspruch der Gesamtheit der Gesellschafter. Die Wirkung kann infolgedessen keine andere sein als bei einer Mahnung der Gesellschaft selbst, m. a. W. die Mahnung muß wie die Erfüllung Gesamtwirkung haben. Da die Mahnung sich auf den Anspruch aller richtet, muß auch die Wirkung alle treffen. Durch die Mahnung wird der Schuldner darüber aufgeklärt, daß der Gläubiger jetzt die Leistung wirklich verlangt, und dieser Zweck wird erfüllt, wenn derjenige mahnt, dem das „Einziehungsrecht“ zusteht: Nun weiß der Schuldner, daß er an alle zu erfüllen hat und darum muß er auch allen gegenüber in Verzug kommen³⁸¹).

b) Eigener Anspruch des Gesellschafters

Sicher ist, daß auch bei Annahme eines „eigenen“ Anspruchs des Gesellschafters in der Gestalt der a.p.s. die Gesellschaft selbst durch ihre vertretungsberechtigten Geschäftsführer den schuldenden Mitgesellschafter durch Mahnung in Verzug setzen kann³⁸²). Es fragt sich aber, welche Wirkung die Mahnung des Einzelgesellschafters in diesem Fall haben müßte. Es erschiene nur folgerichtig, daß der Schuldner nur gegenüber dem Mahnenden, also dem einzelnen Gesellschafter-Gläubiger in Verzug geraten würde, die Mahnung also nur „persönliche“ Wirkung hätte. In der Tat wird dies vielfach angenommen³⁸³).

Dem kann jedoch nicht beigegeben werden. Denn auch bei der a.p.s. müßte die Relativierung des Verzugs zu den gleichen unhaltbaren Ergebnissen bei den Verzugsfolgen führen, die Blomeyer für § 2039 BGB aufgezeigt hat³⁸⁴). Hafte der Schuldner nur dem mahnenden Gemeinschafter wegen zufälligen Unmöglichkeitens der Leistung nach § 287, 2 BGB, so wäre er ihm allein schadensersatzpflichtig. Aber wonach solle sich der Schaden des Miterben wegen Nichterfüllung gegenüber der Gesamtheit bemessen? Sobald man auf sein Eigeninteresse zurückgreife, komme man zu seiner Erbquote. Könnte er den Ersatzanspruch in dieser Höhe geltend machen, so bedeute dies eine Ausübung seines Anteilsrechts, welche bei Nachlaßgegenständen schlechthin unzulässig sei³⁸⁵) ³⁸⁶).

Die gleiche Rechtslage besteht bei der Personalgesellschaft. Auch hier ist demnach die Gesamtwirkung einer von einem einzelnen Gemeinschafter ausgesprochenen Mahnung unerlässlich. Ebenso muß die Verjährungsunterbrechung durch Erhebung der Einzelklage gemäß § 209 I BGB sowie das Verlangen

³⁸⁰) Vgl. oben S. 37 f.

³⁸¹) So Blomeyer S. 393 für den entsprechenden Fall des § 2039 BGB.

³⁸²) Konsequenterweise dürfte die Mahnung der Gesellschaft auf den „eigenen“ Anspruch des Einzelgesellschafters keine Wirkung haben, so daß die Verzugsfolgen nicht gegenüber dem mit der a.p.s. klagenden Gesellschafter eintreten dürften.

³⁸³) Larenz, Allgemeiner Teil S. 375; vgl. im übrigen die Literaturhinweise bei Blomeyer S. 393 Fußn. 38.

³⁸⁴) S. Blomeyer S. 393.

³⁸⁵) Blomeyer aaO.

³⁸⁶) Die Ansicht vom „eigenen“ Anspruch des Gesellschafters scheitert also auch daran, daß ein „eigener“ Schadensersatzanspruch des Gesellschafters, der sich als Folge der Verletzung des „eigenen“ Forderungsrechts notwendigerweise ergeben müßte, nicht denkbar ist.

der Hinterlegung für alle Gesellschafter Gesamtwirkung haben³⁸⁷⁾. Diese läßt sich aber von einem „eigenen“ Anspruch des Gesellschafters nicht herleiten.

3. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts

Der Unterschied zwischen den beiden widersprechenden Auffassungen über die a.p.s. wirkt sich auch bei der Einrede des Zurückbehaltungsrechts³⁸⁸⁾ ³⁸⁹⁾ aus. Das soll an folgendem Fall verdeutlicht werden:

A, B und C betreiben eine Schuhfabrik. C, der außerdem Zulieferteile herstellt, schuldet der Gesellschaft noch seinen jährlichen Beitrag, der darin besteht, der Gesellschaft ein bestimmtes Kontingent an Holzabsätzen zu liefern. Zum Zwecke der Herstellung der Zulieferungsprodukte hat die Gesellschaft dem C ein Haus zur Verfügung gestellt, das jedoch unter Schwamm leidet, wodurch der größte Teil der Lagerbestände an Holzabsätzen zerstört wird.

Der Schadensersatzanspruch des C gegenüber der Gesellschaft ist im Zivilprozeß rechtskräftig festgestellt worden. C könnte aus den erhaltenen Lagerbeständen noch liefern, also seinen Beitrag erbringen. Es fragt sich, ob C der a.p.s. des A mit der Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 I BGB wirksam begegnen kann.

a) Anspruch der Gesamthand

Macht der Gesellschafter mit der a.p.s. nur den Anspruch der Gesellschaft geltend, so ergibt sich:

C schuldet der Gesellschaft eine Leistung; seine Verpflichtung beruht auf dem Gesellschaftsverhältnis. Darauf beruht aber auch sein rechtskräftig festgestellter, fälliger Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft. Das rechtliche Verhältnis, aus dem Anspruch und Verpflichtung herrühren, ist dasselbe³⁹⁰⁾; Konnexität liegt infolgedessen vor.

Aus dem Wortlaut des § 273 I BGB ist zu entnehmen, daß der Schuldner wegen des ihm gegen den Gläubiger zustehenden Anspruchs die eigene Leistung verweigern kann. Im Falle der a.p.s. verlangt aber gerade nicht der Gläubiger die Leistung, jedenfalls nicht der, in dessen Vermögen sie fließen soll. Dies hindert aber nicht die Einredemöglichkeit. Denn der Einzelgesellschafter kann nur den Anspruch der Gesellschaft geltend machen und nur so, wie er der Gesellschaft zusteht. Die mangelnde Verfügungsbefugnis des Gesellschafters über den mit der a.p.s. geltend gemachten Anspruch hindert den Schuldner nicht, die Einrede aus § 273 I BGB diesem gegenüber geltend zu machen.

Dem entspricht die Rechtslage bei der Miterbengemeinschaft. Der Nachlassschuldner kann gegenüber dem nach § 2039 BGB vorgehenden Miterben das

³⁸⁷⁾ Vgl. für § 2039 BGB Blomeyer S. 394.

³⁸⁸⁾ In diesem Zusammenhang wird in den meisten Arbeiten über die a.p.s. die Anwendbarkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) auf den Gesellschaftsvertrag geprüft: Muß sich ein Gesellschafter, der selbst noch mit seinem Beitrag im Rückstand ist und von einem Mitgesellschafter mit der a.p.s. dessen Beitrag fordert, § 320 BGB entgegenhalten lassen? Vgl. dazu die Ausführungen bei Fischer, Die actio pro socio S. 20 ff.; Vogler S. 61 ff. u. a., die die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auf den Gesellschaftsvertrag bejahen; vgl. dazu auch Hueck, OHG S. 38 ff. Die Frage wird in der vorliegenden Arbeit jedoch nicht akut, weil der Gesellschaftsvertrag nicht als gegenseitiger Vertrag i.S. der §§ 320 ff. BGB, sondern als Kooperativvertrag mit Leistungsvereinigung aufgefaßt wird; s. hierzu oben S. 28 Anm. 87.

³⁸⁹⁾ Es ist bestritten, ob § 320 BGB ein Unterfall des § 273 BGB ist; zust. Heck, Schuldrecht S. 27; Enn. - Lehmann S. 105; abl. Larenz, Allgemeiner Teil S. 211 Anm. 1.

³⁹⁰⁾ Dieser Begriff ist im übrigen weit zu fassen; es genügt ein innerer, natürlicher, wirtschaftlicher Zusammenhang; st. Rspr., vgl. Palandt - Danckelmann § 273 Anm. 4.

Zurückbehaltungsrecht nach § 273 I BGB ausüben, wenn ihm — dem Schuldner — ein Anspruch gegenüber der Erbengemeinschaft zusteht³⁹¹⁾). Die Einredemöglichkeit steht dem Nachlassschuldner dagegen nicht zu wegen eines Anspruchs gegen einen einzelnen Miterben³⁹²⁾).

b) *Eigener Anspruch des Gesellschafters*

Erkennt man dagegen dem einzelnen Gesellschafter in der a.p.s. einen eigenen, vom Anspruch der Gesellschaft verschiedenen materiellen Anspruch zu, so ändert sich dadurch die Rechtslage. Hier ist nicht der Gläubiger der einen Leistung zugleich Schuldner der anderen. Der mit der a.p.s. vorgehende Gesellschafter A ist Gläubiger eines selbständigen Anspruchs, aber nicht zugleich Schuldner des Schadensersatzanspruchs des seinen Beitrag schulden den C. In diesem Falle könnte C seine Leistung an die Gesellschaft nicht verweigern, obwohl der gegen ihn geltend gemachte Anspruch ebenfalls auf Leistung an die Gesellschaft gerichtet ist und auf demselben rechtlichen Verhältnis, dem Gesellschaftsverhältnis, beruht.

Dieses Ergebnis erscheint jedoch nicht haltbar. Die Verpflichtung des Schuldners besteht darin, eine Leistung an die Gesellschaftergesamtheit zu erbringen. Seine Möglichkeit, die Erfüllung dieses Anspruchs wegen der ihm gegen den Leistungsempfänger zustehenden Schadensersatzforderung zu verweigern, kann nicht davon abhängen, ob die Gesamthand oder nur eines ihrer Mitglieder die Leistung verlangt. Sonst würde der Beitragsanspruch der Gesellschaft erfüllt, ohne daß C die Möglichkeit hätte, zugleich Erfüllung seines Schadensersatzanspruches erlangen zu können; er müßte vielmehr gesondert Befriedigung seines Anspruchs zu erlangen versuchen. Auch hier kann somit nur die Meinung richtig sein, die als a.p.s. die Befugnis des Gesellschafters zur Geltendmachung des Gesamthandsanspruchs ansieht.

4. Die Einzelzwangsvollstreckung und der Konkurs

a) *Einzelzwangsvollstreckung*

Der Beitragsanspruch als Sozialanspruch der Gesellschaft kann von einem Gläubiger der Gesellschaft gepfändet werden. Dieses Ergebnis ist nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs und der Gegenansicht das gleiche. Soweit der Gesellschafter mit der a.p.s. den Sozialanspruch geltend macht, kann dieser nicht von einem Gläubiger des Einzelgesellschafters gepfändet werden, weil er nicht zu dessen Vermögen gehört.

Dagegen wäre zwar der „eigene“ Anspruch Teil des Privatvermögens des Gesellschafters, aber als nicht übertragbares Recht der Pfändung nicht unterworfen (§ 851 I ZPO)³⁹³⁾. Darüber hinaus würde der auf Leistung an die Gesellschaft gerichtete Anspruch einem Gläubiger des Einzelgesellschafters keine Befriedigungsmöglichkeit für seine Forderung bieten.

³⁹¹⁾ Aus § 2040 II BGB folgt durch Umkehrschluß, daß der Schuldner gegen eine zum Nachlaß gehörende Forderung eine ihm gegen den Nachlaß zustehende Forderung aufrechnen kann; vgl. Celle SeuffA 71 Nr. 212; Erman - Bartholomeyczik § 2040 Anm. 5; Staud. - Lehmann § 2040 Anm. 22; Kregel in BGB-RGRK § 2040 Anm. 7. Dann aber kann der Nachlassschuldner auch wegen einer ihm gegen den Nachlaß zustehenden Forderung seine Leistung verweigern. Zu Unrecht behauptet dagegen RGZ 132, 81 (83), das RG (Warn 1910 Nr. 141; 1913 Nr. 233) habe für diesen Fall in der Regel dem Nachlassschuldner ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber einem nach § 2039 BGB verfolgten Miterbenanspruch versagt. Im Gegenteil betont RG Warn 1910 Nr. 141 (S. 149), daß das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 die Regel bedeute, sich aber Ausnahmen aus dem Schuldverhältnis ergeben könnten.

³⁹²⁾ RGZ 132, 81 (83) u.h.M.

³⁹³⁾ Zur Frage der Übertragbarkeit s. oben S. 71.

Somit bestehen in der Frage der Pfändbarkeit des mit der a.p.s. geltend gemachten Anspruchs durch einen Gläubiger des Einzelgesellschafters zwischen beiden Auffassungen keine praktischen Unterschiede.

b) Konkurs

Ein Unterschied zwischen der Ansicht des Bundesgerichtshofs und der Gegenmeinung könnte sich dagegen im Konkurs der Gesellschaft ergeben³⁹⁴).

Gemäß § 209 I 1 KO findet über das Vermögen der Personalhandels-gesellschaft im Falle der Zahlungsunfähigkeit ein selbständiges Konkurs-verfahren statt. Es fragt sich nun, wie sich das Konkursverfahren auf die Position des einzelnen Gesellschafters auswirkt, d. h. ob er — wie das für das Liquidationsverfahren weithin anerkannt ist³⁹⁵) — auch während des Konkurses zur a.p.s. berechtigt bleibt.

aa) Anspruch der Gesamthand

Nach der Auffassung derer, die in der a.p.s. nur eine Befugnis des Einzel-gesellschafters zur Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen einen anderen Gesellschafter sehen, ist die a.p.s. im Konkurs der Gesellschaft ausgeschlossen³⁹⁶); die Geltendmachung solcher Ansprüche steht danach nur dem Konkursverwalter zu. Den Gesellschaftern verbleiben nur ihre Rechte und Pflichten als Gemeinschuldner. Diese Auffassung wird damit begründet, daß die Ansprüche zum Gesellschaftsvermögen und damit zur Konkursmasse gehören³⁹⁷). Ein Bedürfnis für die a.p.s. liegt auch gar nicht vor: Einmal dient das Konkursverfahren den Interessen der Gesellschaftsgläubiger; zum anderen besteht im Konkursverfahren der Gesellschaft nicht die Gefahr unsachlicher Rücksichtnahme auf säumige Gesellschafter, die für die a.p.s. bei werbender und liquidierender Gesellschaft spricht³⁹⁸).

bb) Eigener Anspruch des Gesellschafters

Dagegen müßte die Ansicht des Bundesgerichtshofs dazu führen, daß der Gesellschafter auch nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen zur a.p.s. berechtigt bliebe. Denn das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen könnte auf das private Vermögen des einzelnen, zu dem der „eigene“ Anspruch gehören würde, keinen Einfluß haben³⁹⁹).

Dem steht aber nicht nur das fehlende Bedürfnis des Gesellschafters für die a.p.s. nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft entgegen. Entscheidend ist vielmehr, daß mit der Eröffnung des Konkursverfahrens nach § 6 KO das Recht der Gesellschaft, über zum Gesellschaftsvermögen gehörige Ansprüche zu verfügen, auf den Konkursverwalter übergeht. An dessen Verfügungen etwa über den Beitragsanspruch gegen einen Gesellschafter, auch auf andere Weise als durch Annahme der Erfüllung, wäre der zur a.p.s. berechtigte Gesellschafter gebunden. Diese notwendige Bindungswirkung kann aber von denen, die einen „eigenen“ Anspruch des Gesell-

³⁹⁴) Die Frage ist nur bedeutsam für die OHG und KG, weil die BGB-Gesellschaft als solche nicht konkursfähig ist; vgl. Hueck, OHG S. 278 sowie Böhle - Stam-schräder § 1 Anm. 9 mit Nachweisen. Zur Frage des Konkurses aller Gesell-schafter vgl. Böhle - Stam-schräder § 1 Anm. 5 F.

³⁹⁵) Vgl. RGZ 90, 300 (302) = JW 1917, 904 Nr. 8 mit Anm. v. Hachenburg; RGZ 91, 34 (36) = JW 1918, 41; RGZ 100, 165 (166/7) = JW 1921, 526; RG JW 1927, 1090; Hueck, OHG S. 357; Fehrmann S. 120 ff.; Fischer, Die actio pro socio S. 56 ff.

³⁹⁶) Hueck, OHG S. 280; Fehrmann S. 142 mit Nachweisen. A.A. OLG Dresden, SächsA 4, 527.

³⁹⁷) Hueck aaO; Fehrmann aaO; Schönke - Baur S. 308.

³⁹⁸) Fehrmann aaO.

³⁹⁹) Der Gesellschaftskonkurs zieht nicht notwendig den Eigenkonkurs der Gesell-schafter nach sich; vgl. Schönke - Baur aaO.

schafters annehmen, nicht erklärt werden⁴⁰⁰). Sie ist nur dann verständlich, wenn man die a.p.s. als Befugnis zur Geltendmachung des Gesamthandsanspruchs versteht.

Die Annahme zweier voneinander unabhängiger Ansprüche von Gesellschaft und Gesellschafter hätte auch im Konkurs über das Vermögen des beitragspflichtigen Gesellschafters zur Folge⁴⁰¹), daß der einzelne konkursmäßiger Gläubiger wäre, also seine Forderung neben der der Gesellschaft anmelden bzw. nach § 51 KO aussondern könnte. Die Rechtslage wäre damit die gleiche wie bei einem Vertrag zugunsten eines Dritten, bei dem der Dritte und der Versprechensempfänger forderungsberechtigt sind (§§ 328 II, 335 BGB) oder bei mehreren Gesamtgläubigern (§ 428 BGB). In beiden Fällen können sämtliche Berechtigte ihre Forderungen im Konkurs des Schuldners geltend machen, wobei mit Erfüllung des Anspruchs eines Gläubigers die anderen Ansprüche erlöschen⁴⁰²).

Da aber die Befugnis des Einzelgesellschafters zur a.p.s. weder eine Gesamtgläubigerforderung sein noch die Figur des fremdnützigen Anspruchs (§ 335 BGB) darauf entsprechend angewandt werden kann, hat sie nicht den Charakter eines selbständigen materiellen Anspruchs des Gesellschafters.

III. Verfahrensrechtliche Auswirkungen

1. Die prozessuale Erscheinungsform der *actio pro socio*

a) Überblick

Nach der Prüfung der materiellrechtlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten der widersprechenden Auffassungen über die a.p.s. sollen nunmehr deren prozessuale Auswirkungen untersucht werden.

In bestimmten Situationen muß jeder Personalgesellschaftler — darin liegt die Notwendigkeit der a.p.s. begründet — die Möglichkeit haben, gegen einen oder mehrere seiner Mitgesellschaftler, notfalls im Klagewege, vorzugehen, um sie zu einem gesellschaftsgemäßen Verhalten zu veranlassen. Das ist immer dann der Fall, wenn die Gesellschaft selbst durch den vertretungsberechtigten Geschäftsführer sich zu einem Vorgehen gegen den Gesellschafter, der seine gesellschaftsvertraglichen Pflichten nicht erfüllt, aus irgendwelchen Gründen nicht entschließen kann. Diese Berechtigung des Einzelgesellschafters muß daher unabhängig von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht sein. Soweit also der Gesellschafter mangels Vertretungsmacht nicht nach außen hin im Namen der Gesellschaft handeln, also auch keine Prozeßhandlungen vornehmen kann, muß er bei einer Klage die staatliche Rechtsschutzhandlung — das Urteil — im eigenen Namen begehren. Damit ist er Partei; denn im Zivilprozeß sind diejenigen Personen, von welchen und gegen welche Rechtsschutz begehrt wird, die Parteien⁴⁰³). Dieser heute allgemein anerkannte, sog. formelle Parteibegriff, ist ein rein formaler und prozessualer Begriff, unabhängig von der sachlichrechtlichen Rechtsgestaltung und der außerprozessualen Rechtsstellung der Beteiligten⁴⁰⁴). Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß diese Loslösung des Parteibegriffs vom materiellen Recht schon deshalb

⁴⁰⁰) S. oben S. 77.

⁴⁰¹) Die Gesellschaft kann auch im Falle des Konkurses eines Gesellschafters — aber ohne den Gemeinschuldner — fortgesetzt werden, §§ 728, 736 BGB; 131 Nr. 5, 138, 161 II HGB.

⁴⁰²) Vgl. Jaeger - Lent § 3 Anm. 44 und § 67 Anm. 8.

⁴⁰³) Statt vieler: Rosenberg, Lehrb. S. 162; Henckel, Parteilehre S. 188.

⁴⁰⁴) Rosenberg, Lehrb. S. 162 ff.; Lent - Jauernig S. 39; zum materiellen Parteibegriff und den Gründen für die Entstehung des formellen vgl. de Boor JZ 1951, 450 sowie Henckel aaO S. 15 ff.

erforderlich ist, weil man sonst in dem nicht seltenen Falle, daß die behauptete Forderung des Klägers gegen den Beklagten gar nicht besteht, zu der Folgerung genötigt wäre: Weil es kein wahres Rechtsverhältnis unter ihnen gibt, gibt es auch keine Subjekte desselben, also auch keine Parteien, ein für das Prozeßbrecht unmögliches Ergebnis⁴⁰⁵). Nach der formellen Parteiauffassung beruht die Parteistellung des Klägers einfach auf der Tatsache der Klageerhebung⁴⁰⁶).

Erhebt daher ein Personalgesellschafter gegen einen Mitgesellschafter Klage auf Leistung seines Beitrags an die Gesellschaft, so wird er damit Partei, ohne Rücksicht darauf, ob er mit der a.p.s. einen eigenen⁴⁰⁷) materiellen Anspruch oder einen solchen der Gesamthand geltend macht.

Der Rechtsstreit kann aber unter den Gesellschaftern nur dann ausgetragen werden, wenn sie die richtigen Parteien sind. Das ist der Fall, wenn sie befugt sind, über den mit der Klage erhobenen Anspruch zu prozessieren⁴⁰⁸). Für die — hier allein interessierende — Aktivseite kommt es somit darauf an, daß dem klagewilligen Gesellschafter die Prozeßführungsbefugnis (das Prozeßführungsrecht) zusteht⁴⁰⁹), er m. a. W. ein materielles Recht im eigenen Namen mit der Wirkung einklagen kann, daß über sein Bestehen oder Nichtbestehen entschieden werden muß⁴¹⁰)⁴¹¹). Von der Prozeßführungsbefugnis hängt es mithin ab, ob der Kläger „zur Geltendmachung des Anspruchs befugt“ ist und ob der Anspruch diesem Beklagten gegenüber geltend gemacht werden darf⁴¹²). Sie ist „die Folge oder der Ausdruck einer sachlichen Beziehung zwischen der Partei und dem Streitgegenstand“⁴¹³).

In der Regel fällt die Prozeßführungsbefugnis mit der materiellen Rechtsstellung in einer Person zusammen. In Ausnahmefällen kann sie aber vom materiellen Recht getrennt und einem Dritten⁴¹⁴) übertragen sein, der das für ihn fremde Recht im eigenen Namen, also als Partei und nicht etwa als Vertreter des Rechtsinhabers geltend macht⁴¹⁵)⁴¹⁶).

⁴⁰⁵) Vgl. Lent - Jauernig aaO; Weber, KTS 1955, 102 (105).

⁴⁰⁶) Weber aaO.

⁴⁰⁷) Dagegen würde der materielle Parteibegriff Übereinstimmung von Parteistellung und Rechtszuständigkeit erfordern.

⁴⁰⁸) Nikisch, Lehrb. S. 118; Weber aaO; Schneider, ZZZ 77, 278 (279).

⁴⁰⁹) Rosenberg, Lehrb. S. 192; Schneider aaO. — Diese Begriffe werden im übrigen identisch gebraucht; vgl. Weber aaO Fußn. 13. Gegen den Begriff „Prozeßführungsrecht“ Lücke, ZZZ 76, 19, weil die Prozeßführungsbefugnis kein subjektives Recht sei.

⁴¹⁰) Stein - Jonas vor § 50 IV 2 a; wörtlich übereinstimmend Schönke - Schröder - Niese S. 122.

⁴¹¹) Zu dem Prozeßführungsrecht in einem weiteren Sinne, nämlich als „Verfolgungsrecht“ vgl. Sauer, Grundlagen S. 311.

⁴¹²) Rosenberg aaO S. 193.

⁴¹³) Ders. aaO S. 192; s. auch Henckel S. 189. — Auch das Prozeßführungsrecht ist ein materielles Recht, vgl. Wagemeyer S. 52 Anm. 6; Riedenklau S. 52.

⁴¹⁴) „Dritter“ in diesem Sinne ist auch der an einem gemeinschaftlichen Recht Mitbeteiligte, wie z. B. der Miterbe an dem zum Nachlaß gehörenden Anspruch, weil er ein anderer als der Rechtsträger — die Erbengemeinschaft — ist. Dritter ist also jeder, dem das Recht nicht oder nicht allein zusteht.

⁴¹⁵) Vgl. Lent - Jauernig S. 39/40. Es tritt dann eine Vervielfältigung der Prozeßführungsbefugnis ein, weil der Rechtsinhaber prozeßführungsbefugt bleibt; vgl. Ludewig S. 49. — Nach Meinung von Diederichsen, ZZZ 76, 400 ff. ist eine Prozeßführungsbefugnis allein für denjenigen anzuerkennen, der über ein fremdes Recht im eigenen Namen prozessiert. Hiergegen mit Recht Schneider, ZZZ 77, 278 ff.

⁴¹⁶) Die heute wohl h.M. sieht die Prozeßführungsbefugnis als Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage an. Vgl. dazu Rosenberg, Lehrb. S. 193 und 197; Lent - Jauernig S. 52; Nikisch, Lehrb. S. 122; Henckel S. 189 und 194; ferner BGH NJW 1960, 523 mit zahlreichen Nachweisen. — A.A. Sauer, Grundlagen S. 97, 312, 511; v. Brunn S. 47; Goldschmidt, Zivilprozeßrecht S. 63; Hellwig, Recht 1902, 29.

Es fragt sich, welche Folgerungen daraus für die beiden widersprechenden Auffassungen über die a.p.s. zu ziehen sind.

b) *Eigener Anspruch des Gesellschafters*

Geht man davon aus, daß dem Gesellschafter in der Gestalt der a.p.s. ein eigener materieller Anspruch zusteht, so ist die Rechtslage unproblematisch: Es handelt sich um den normalen Fall einer Klage des Rechtsinhabers selbst, dessen Prozeßführungsbefugnis aus der Inhaberschaft am materiellen Recht fließt⁴¹⁷⁾.

c) *Anspruch der Gesamthand*

Folgt man dagegen der Auffassung, die a.p.s. berechtige den Gesellschafter nur zur Geltendmachung des gesamthänderisch gebundenen Sozialanspruchs gegen den Mitgesellschafter-Schuldner, so klagt nicht der Rechtsinhaber selbst. Vielmehr tritt im Prozeß eine Trennung der Prozeßführungsbefugnis vom materiellen Recht ein: Der Gesellschafter verfolgt ein fremdes, weil ihm nicht allein zustehendes Recht.

aa) *Die Formen der Prozeßstandschaft*

Man hat sich gewöhnt, die Fälle, in denen jemand ein fremdes Recht im eigenen Namen prozessual geltend macht, im Anschluß an Kohler⁴¹⁸⁾ als „Prozeßstandschaft“ zu bezeichnen. Dabei unterscheidet man zwischen „gesetzlicher“ und „gewillkürter“ Prozeßstandschaft^{419) 420)}. Unter gesetzlicher Prozeßstandschaft versteht man allgemein die Fälle der gerichtlichen Geltendmachung eines fremden materiellen Rechts, die auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen⁴²¹⁾, die Fälle also, in denen der Rechtsfremde durch eine gesetzliche Vorschrift zu seinem Vorgehen ermächtigt wird.

Über Zulässigkeit und Voraussetzungen der sog. gewillkürten Prozeßstandschaft besteht noch heute keine volle Einigkeit⁴²²⁾. Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum erkennt sie jedoch an und faßt sie auf als die auf einer rechtsgeschäftlichen Ermächtigung⁴²³⁾ des Dritten durch den Rechtsinhaber beruhende gerichtliche Geltendmachung des fremden Rechts⁴²⁴⁾, an der ein eigenes Interesse des materiell rechtsfremden Klägers festgestellt

⁴¹⁷⁾ Auf die Einfachheit der Rechtslage in diesem Fall weist BGH NJW 1960, 964 ausdrücklich hin.

⁴¹⁸⁾ Kohler, Der Dispositionsnißbrauch, Jher Jb 24, 187 ff. (insbes. S. 319). Kohler definiert die Prozeßstandschaft als die „Rechtsmacht, den Prozeß über fremdes Vermögen in eigenem Namen zu führen“ (S 320).

⁴¹⁹⁾ Kisch, Die gewillkürte Prozeßstandschaft, S. 401 ff. empfiehlt, beide Gruppen unter dem Begriff der „Prozeßtreuhand“ zusammenzufassen.

⁴²⁰⁾ Die gewillkürte Prozeßstandschaft wird auch als „Prozeßgeschäftsführung“ bezeichnet. So z. B. Baumbach - Lauterbach, Grundzüge vor § 50 4 B und C: Er unterscheidet zwischen Prozeßstandschaft (jemand darf ein fremdes Recht im eigenen Namen und aus eigenem Recht im Prozeß verfolgen) und Prozeßgeschäftsführung (jemand verfolgt aus fremdem Recht ein fremdes Recht); vgl. auch Lent - Jauernig S. 54 sowie BGHZ 25, 251 (259).

⁴²¹⁾ So z. B. §§ 1011, 1380 a.F., 1422 n.F., 2039 BGB, 265, 841 ZPO; s. im übrigen die Zusammenstellungen bei v. Brunn S. 38/9 und Lent - Jauernig S. 54. Die gesetzlichen Ermächtigungen können sich aber in ihrem Umfang unterscheiden (vgl. §§ 1380 a.F., 2039 BGB).

⁴²²⁾ Zum Streit vgl. v. Brunn aaO und Hellwig, Recht 1902 S. 29 f. Heute wird weithin anerkannt, daß sich die Zulässigkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft aus der analogen Anwendung des § 185 BGB ergibt; Näheres bei Rosenberg, Lehrb. S. 195/6 sowie Henckel S. 108, jeweils mit Literaturhinweisen; vgl. auch Lücke, ZZP 76, 20 ff.

⁴²³⁾ Zur Ermächtigung vgl. Ludewig, insbes. S. 48 ff.; Heinemann, JherJb 81, 373 ff.; Siebert, Treuhand S. 235 ff.

⁴²⁴⁾ S. vor allem Furtner, JR 1958, 50 ff.

werden kann⁴²⁵). Die gewillkürte Prozeßstandschaft kann auf einer reinen Klageermächtigung beruhen, was dann zutrifft, wenn der Dritte lediglich ermächtigt ist, Leistung des Schuldners an den Rechtsinhaber zu verlangen⁴²⁶).

bb) Die einzelnen Möglichkeiten im Falle der *actio pro socio*

Aus dem bisher Gesagten ließe sich entnehmen, daß die a.p.s., verstanden als Geltendmachung des Gesamthandsanspruchs, wegen der Trennung von Rechtsinhaberschaft und Prozeßführungsbefugnis notwendigerweise ein Fall einer Prozeßstandschaft sein müsse, so daß nur zu entscheiden wäre, ob es sich dabei um eine gesetzliche oder gewillkürte Prozeßstandschaft handelt. Indessen wird im Schrifttum auch die Ansicht vertreten, daß die a.p.s. zwar die Geltendmachung eines fremden materiellen Rechts betreffe, dennoch aber keine Prozeßstandschaft darstelle. Damit stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls welcher Art einer Prozeßstandschaft diese Gesamthänderklage ist.

Die a.p.s. ist, soweit ersichtlich, als Fall einer Prozeßstandschaft bisher nur von Riedenklau⁴²⁷) näher behandelt worden. Im übrigen Schrifttum zur a.p.s. finden sich nur vereinzelte Äußerungen zu dieser Frage. Im folgenden sollen die verschiedenen möglichen Ansichten dargestellt und dazu Stellung genommen werden.

aaa) Die *actio pro socio* als Fall gesetzlicher Prozeßstandschaft

Die a.p.s. wird verschiedentlich⁴²⁸) als Fall der Prozeßstandschaft angesehen; vielfach wird die Frage überhaupt nicht erörtert. Nirgends aber ist expressis verbis gesagt, ob es sich dabei um eine gesetzliche oder eine gewillkürte Prozeßstandschaft handeln soll. Esser beschränkt sich darauf, festzustellen, daß die Einklagung der Beitragsrückstände durch die einzelnen Gesellschafter im eigenen Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft und mit dem Antrag auf Leistung in das Gesellschaftsvermögen ein „Fall einer Prozeßstandschaft“ sei⁴²⁹). Da die gewillkürte Prozeßstandschaft die Ausnahme ist, muß wohl davon ausgegangen werden, daß Esser die a.p.s. als einen Fall gesetzlicher Prozeßstandschaft ansieht.

Heinsheimer stellt fest, der Gesellschafter klage nicht ein eigenes Recht, sondern das der Gesellschaft ein. Sein Klagerrecht entspreche nicht einem eigenen Anspruch, sondern sei eine bestimmte Art gesellschaftlicher Prozeßstandschaft⁴³⁰). Diese Art gesellschaftlicher Prozeßstandschaft entspreche dem Fall, daß der Ehemann etwas einklage, das die Ehefrau dem Gesamtgut schulde⁴³¹). Aus diesem Vergleich kann nur geschlossen werden, daß auch Heinsheimer die a.p.s. als gesetzliche Prozeßstandschaft aufgefaßt wissen will. Denn in diesem Falle machte der Ehemann im Aktivprozeß kraft des ihm durch das Gesetz zustehenden Verwaltungsrechts ein ihm nicht zustehendes und vor allem nicht zu seinem Privatvermögen gehöriges materielles Recht

⁴²⁵) Die Erforderlichkeit des eigenen Interesses für die gewillkürte Prozeßstandschaft ist zwar bestritten, aber wohl hier wie bei gesetzlicher Prozeßstandschaft (wo das Vorhandensein stets unterstellt werden kann, Henckel S. 111), zu bejahen. Bei der a.p.s. würde diese Frage keine Rolle spielen, da auch hier das eigene Interesse des Gesellschafters unterstellt werden könnte; denn er dürfte die a.p.s. nur erheben, um den Gesellschaftszweck, hinter dem sein Eigeninteresse steht, zu fördern.

⁴²⁶) Furtner aaO S. 50. Dagegen liegt der gewillkürten Prozeßstandschaft regelmäßig eine sog. Einziehungsermächtigung zugrunde, durch die der Rechtsinhaber einen anderen, ohne die Forderung abzutreten, ermächtigt, Leistung an sich selbst zu verlangen.

⁴²⁷) Riedenklau S. 50 ff.; anscheinend faßt auch Siber, JherJb 70, 288 die a.p.s. als „arteigene Prozeßstandschaft“ auf.

⁴²⁸) Esser S. 725; Heinsheimer S. 46; Schroth S. 62.

⁴²⁹) Esser aaO.

⁴³⁰) Heinsheimer aaO.

⁴³¹) AaO. Fußn. 76. — Der Vergleichsfall ist § 1443 I BGB a.F.; vgl. dazu schon oben S. 31.

gerichtlich geltend. Hier klagte der Mann gegen die Frau als Trägerin ihres Privatvermögens. Die ausdrückliche Berechtigung ergab sich aus der Bestimmung des § 1443 I 2 BGB a. F.; sie enthielt eine gesetzliche Prozeßermächtigung.

Zu der Frage, was die a.p.s. in prozessualer Hinsicht darstelle, meint Schroth⁴³²⁾, das Recht des einzelnen zur klageweisen Geltendmachung von Sozialansprüchen lasse sich als vertretungsweise Ausübung der der Gesamtheit zustehenden Ansprüche oder auch als Prozeßstandschaft konstruieren. Auch Schroth geht wohl von einer „arteigenen Prozeßstandschaft“ im Sinne Sibers⁴³³⁾ aus.

Riedenklau faßt die Befugnis des Einzelgesellschafters zur Durchsetzung der gesamthänderisch gebundenen, für ihn also fremden Forderung auf als „Ausdruck der Mitgliedschaft“; sie sei „in ihr selbst latent vorhanden“⁴³⁴⁾. Auch Riedenklau ist der Meinung, daß dieses Recht des einzelnen nur über eine arteigene Prozeßstandschaft in die geltende Rechtsordnung eingefügt werden könne⁴³⁵⁾.

bbb) Die actio pro socio als Fall gewillkürter Prozeßstandschaft

Denkbar wäre weiterhin, die a.p.s. als einen Fall gewillkürter Prozeßstandschaft anzusehen. Dies läge um so näher, als die Gesellschaft auf rechtsgeschäftlichem Wege entsteht und die Gestaltung des Vertragsverhältnisses den Partnern des Gesellschaftsvertrages weitgehend überlassen bleibt. Infolgedessen müßte sich auch das Recht des einzelnen zur Geltendmachung eines materiellen Anspruchs der Gesamtheit vertraglich vereinbaren lassen. Die a.p.s. wäre dann als eine generelle, rechtsgeschäftliche Ermächtigung zu konstruieren, die mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages dem einzelnen Gesellschafter erteilt würde.

ccc) Die Auffassungen Fehrmanns und Fischers

Es wird auch die Auffassung vertreten, daß der Gesellschafter mit der a.p.s. zwar einen Anspruch geltend mache, der ausschließlich der Gesellschaft zustehe; dennoch sei aber kein Fall einer Prozeßstandschaft gegeben.

Fehrmann⁴³⁶⁾ ist der Ansicht, der mit der a.p.s. eingeklagte Anspruch sei der ausschließlich der Gesellschaft, regelmäßig deren Vermögen zustehende, für den Gesellschafter also „fremde“ Anspruch; der Gesellschafter klage nicht ein eigenes Recht ein, sondern ein fremdes Recht (einen fremden Anspruch) kraft eigenen Rechts. Dieses eigene Klagerecht auf Grund des eigenen Anspruchs auf gesellschaftsgemäßes Verhalten lasse es gerechtfertigt erscheinen, mit der herrschenden Lehre den klagenden Gesellschafter nicht als Prozeßstandschafter anzusehen. Diese Auffassung verdiene auch aus praktischen Gründen den Vorzug. So habe das RG in ständiger Rechtsprechung dahin entschieden, daß ein im Gesellschafterprozeß ergangenes Urteil für die Gesellschaft nicht in Rechtskraft erwachse⁴³⁷⁾.

Fischer⁴³⁸⁾ lehnt ebenfalls eine Prozeßstandschaft des Einzelgesellschafters ab. Obwohl die vermögensrechtlichen Sozialansprüche nicht, auch nicht teilweise, ins Privatvermögen des Gesellschafters fielen, sondern zum Gesellschaftsvermögen gehörten, leite sich die Klagebefugnis des mit der a.p.s. vorgehenden Gesellschafters nicht von der Gesellschaft ab; er klage nicht aus fremdem,

⁴³²⁾ Schroth S. 62.

⁴³³⁾ Siber, JherJb 70, 288.

⁴³⁴⁾ Riedenklau S. 53.

⁴³⁵⁾ Ders. S. 55.

⁴³⁶⁾ Fehrmann S. 27 Fußn. 95.

⁴³⁷⁾ Ders. aaO.

⁴³⁸⁾ Fischer, Die actio pro socio S. 17.

sondern aus eigenem Rechte und im eigenen Namen; er mache einen ihm kraft seiner Gesellschafterstellung zustehenden eigenen Anspruch geltend. Unmittelbarer Zweck der a.p.s. sei die eigene Interessenlage des Klägers, die sich aus seiner Stellung als Vertragspartner und Versprechensempfänger ergebe, wobei es keine Rolle spiele, daß zugleich auch automatisch die Interessen der anderen Gesellschafter wahrgenommen würden. Hierin unterscheide sich die Stellung des Einzelgesellschafters von der eines bloßen Prozeßstandschafters, dessen Klagebefugnis aus fremdem Recht herrühre⁴³⁹).

cc) Stellungnahme und Ergebnis

Die zuerst zu entscheidende Frage ist, ob jede klageweise Geltendmachung eines fremden materiellen Anspruchs im eigenen Namen notwendig unter den Begriff der Prozeßstandschaft fällt oder ob Fälle denkbar sind, in denen der Kläger trotz Auseinanderfallens von Rechtsinhaberschaft und Prozeßführungsbefugnis nicht Prozeßstandschafter ist.

Fehrmann⁴⁴⁰) vertritt die Auffassung, der Gesellschafter mache einen Anspruch der Gesellschaft auf Grund eines eigenen Klagerechts geltend, das aus dem eigenen Anspruch gegen die Mitgesellschafter auf gesellschaftsgemäßes Verhalten folge. Dieses eigene Klagerecht lasse es gerechtfertigt erscheinen, den Gesellschafter nicht als Prozeßstandschafter anzusehen.

Im Falle der a.p.s. ist somit auch nach der Ansicht Fehrmanns die Rechtsinhaberschaft von der Prozeßführungsbefugnis, die Inhalt des „eigenen Klagerechts“ für den prozessualen Bereich ist, getrennt. Fehrmann glaubt aber offenbar, daß eine Prozeßstandschaft nur vorliege, wenn es sich um eine von dem Rechtsinhaber abgeleitete Prozeßführungsbefugnis handelt, weil dann der Kläger nicht „kraft eigenen“, sondern kraft fremden Rechts prozessiert.

Diese Annahme trifft indes nicht zu. Denn ein eigenes Klagerecht, wie es Fehrmann anscheinend verstanden wissen will, liegt immer dann vor, wenn dem Kläger die Prozeßführungsbefugnis über ein fremdes Recht unabhängig vom Willen des Rechtsinhabers zusteht. Diese Rechtslage besteht z. B. im Falle der Einzelklagebefugnis des Miterben nach § 2039 BGB, die nach herrschender Meinung ein Fall gesetzlicher Prozeßstandschaft ist. Anders ist dies nur bei der gewillkürten Prozeßstandschaft; hier kann man von einem „fremden“, weil vom Rechtsinhaber abgeleiteten Klagerecht sprechen.

Aus den gleichen Gründen ist die weitere Annahme Fehrmanns unzutreffend, seine Auffassung werde durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts bestätigt, wonach ein im Gesellschafterprozeß ergangenes Urteil für die Gesellschaft nicht in Rechtskraft erwachse. Auch diese Argumentation könnte nur dann durchgreifen, wenn man die Gesamthänderklage als gewillkürte Prozeßstandschaft ansähe. Bei dieser wirkt die Rechtskraft des Gesellschafterurteils notwendig auch gegenüber der Gesellschaft, weil derjenige, der einen anderen zur Prozeßführung über sein — des Ermächtigenden — Recht ermächtigt und infolgedessen mit der Prozeßführung des Rechtsfremden einverstanden ist, auch die Wirkungen dieser von ihm gebilligten Prozeßführung gegen sich gelten lassen muß⁴⁴¹). Diese Rechtskraftwirkung tritt jedoch — wie noch näher dazulegen sein wird⁴⁴²) — bei der gesetzlichen Prozeßstandschaft nicht ein. Es mag an dieser Stelle der Hinweis genügen, daß nach h. M. das Urteil, das der Miterbe nach § 2039 BGB erstreitet, für die Erbengemeinschaft nicht in Rechtskraft erwächst.

⁴³⁹) Fischer aaO.

⁴⁴⁰) Fehrmann S. 27 Fußn. 95.

⁴⁴¹) Vgl. statt aller Rosenberg, JZ 1952, 137 f.

⁴⁴²) S. dazu unten S. 92 ff.

Daraus folgt, daß die Ausführungen Fehrmanns zumindest nicht ausschließen, die a.p.s. als Fall gesetzlicher Prozeßstandschaft aufzufassen.

Auch Fischer lehnt es ab, die a.p.s. als Prozeßstandschaft anzusehen. Dies zu Recht, soweit er von einem eigenen Anspruch des Personalgesellschafters ausgeht. Allerdings scheint seine Konstruktion nicht ganz folgerichtig: Einmal soll der Gesellschafter einen ihm kraft seiner Gesellschafterstellung zustehenden eigenen Anspruch geltend machen⁴⁴³), dann jedoch lediglich zur Klageerhebung legitimiert sein; die Leistung und der Anspruch darauf sollen in das Gesellschaftsvermögen fallen⁴⁴⁴). Wenn dieser eigene Anspruch der materielle Leistungsanspruch sein soll, so kann die Gesellschaft nicht alleinige Gläubigerin sein.

Darüber hinaus leuchtet die Unterscheidung Fischers zwischen Einzelgesellschafter und Prozeßstandschafter nicht ein. Es ist schon nicht ganz einzusehen, warum er, von einem eigenen Anspruch des Gesellschafters ausgehend, überhaupt den Personalgesellschaftler mit einem Prozeßstandschafter vergleicht. Denn von Prozeßstandschaft, gleichgültig, in welcher Ausgestaltung, kann immer nur im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines fremden materiellen Rechts die Rede sein. Davon abgesehen trifft es aber auch nicht zu, daß die Klagebefugnis des Prozeßstandschafters notwendig aus fremdem Recht herrühre⁴⁴⁵). Das ist in dieser allgemeinen Form — wie schon erwähnt — nur richtig für die gewillkürte Prozeßstandschaft oder Prozeßgeschäftsführung⁴⁴⁶). Hier wird in der Tat ein fremdes sachliches Recht aus fremdem Recht im Prozeß verfolgt. Dagegen verfolgt der gesetzliche Prozeßstandschafter ein fremdes sachliches Recht im eigenen Namen kraft eigenen Rechts⁴⁴⁷). Ein deutliches Beispiel dafür ist § 2039 BGB: Das geltend gemachte Recht ist der zum Nachlaß gehörende Anspruch, ein Recht des Sondervermögens, mithin ein fremdes Recht. Diesen fremden materiellen Anspruch macht der Miterbe kraft eigenen Rechts geltend, nämlich kraft der ihm durch § 2039 BGB als Mitglied der Erbengemeinschaft verliehenen Befugnis. Dagegen wird nicht etwa die Befugnis selbst, die durchaus materiellen Rechts ist, geltend gemacht⁴⁴⁸).

Daraus folgt, daß die a.p.s., aufgefaßt als Geltendmachung eines fremden materiellen Rechts, notwendigerweise ein Fall der Prozeßstandschaft sein muß. Es bleibt infolgedessen nur noch zu untersuchen, welcher Art diese ist.

Zunächst liegt die Annahme nahe, daß es sich bei der a.p.s. um einen Anwendungsfall der vom Schrifttum und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die gewillkürte Prozeßstandschaft handelt. Einmal scheint der Auffassung der a.p.s. als einer gesetzlichen Prozeßstandschaft entgegenzustehen, daß eine gesetzliche Ermächtigung wie in den übrigen Fällen gesetzlicher Prozeßstandschaft fehlt. Es gibt keine gesetzliche Vorschrift, die — wie die §§ 1011, 2039 BGB oder § 1380 BGB a. F. für den Miteigentümer, Miterben oder Ehemann⁴⁴⁹) — ausspricht, daß der Personalgesellschaftler zur Geltendmachung eines ihm nicht zustehenden materiellen Rechts oder Rechts-

⁴⁴³) Fischer, Die *actio pro socio* S. 17.

⁴⁴⁴) Ders. S. 18.

⁴⁴⁵) So Fischer aaO S. 17.

⁴⁴⁶) Vgl. Baumbach - Lauterbach, Grundzüge vor § 50 4 C.

⁴⁴⁷) Ders. aaO 4 B.

⁴⁴⁸) Vgl. weitere Fälle bei Baumbach - Lauterbach aaO. Ähnliche Problematik auch schon zu § 1380 BGB a.F. bei der Frage: Macht der Ehemann das Recht der Frau oder sein Verwaltungsrecht geltend? Letztes mußte noch die materielle Parteilehre annehmen, vgl. Henckel, Parteilehre S. 44.

⁴⁴⁹) Zu § 2039 BGB vgl. Bartholomeyczik S. 229; dabei enthalten §§ 1011, 2039 BGB eine Einziehungs- und Prozeßermächtigung, während § 1380, 2 BGB a.F. nur eine Prozeßermächtigung darstellt. — Bei der Ermächtigung in der Gestalt der a.p.s. muß es sich um eine „Ermächtigung zur Geltendmachung“ i. S. Sieberts (Treuhand S. 262/3) handeln, die die Einziehungs- und Prozeß- (oder Prozeßführungs-) ermächtigung umfaßt; vgl. auch oben S. 39.

verhältnisses im eigenen Namen berechtigt sein soll. Zum anderen ist der Gesellschaftsvertrag, auf den sich die Klagebefugnis des einzelnen Gesellschafters stützt, ein Rechtsgeschäft, da er durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der einzelnen am Vertragsschluß Beteiligten zustande kommt. Dies könnte ebenfalls darauf schließen lassen, daß auch das aus dem Gesellschaftsvertrag fließende Einzelklagerecht vertraglicher Natur, also eine gewillkürte Prozeßstandschaft ist.

Voraussetzung einer solchen wäre, daß ein Dritter vom Rechtsträger rechts-geschäftlich zur Geltendmachung eines diesem zustehenden materiellen Rechts ermächtigt würde. Im Falle der a.p.s. bedeutet dies: Der Rechtsinhaber, also die Gesellschaftergesamtheit, müßte jeden einzelnen Gesellschafter ermächtigen, ihren Anspruch gegen einen etwa seinen Beitrag schuldenden Mitgesellschafter geltend zu machen.

Nun scheitert die Auffassung der a.p.s. als gewillkürte Prozeßstandschaft nicht daran, daß die a.p.s. mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages jedem Gesellschafter zusteht, ohne daß es dazu ausdrücklicher Vereinbarungen der Vertragsschließenden bedürfte. Denn die Ermächtigung durch den Rechtsinhaber könnte als eine Willenserklärung bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages auch konkludent erteilt werden. Dann aber müßte die Gesellschaftergesamtheit als ermächtigende Rechtsinhaberin ihren Willen auf andere Weise als durch ausdrückliche Bestimmung zum Ausdruck bringen. Dazu wäre jedoch, wie für jede wirksame Willenserklärung, das Erklärungsbewußtsein erforderlich. Daran fehlt es aber, wenn die a.p.s. — was regelmäßig der Fall ist — nicht ausdrücklich vereinbart wird; oft werden die Gesellschafter bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht an die Gesamthänderklage denken, sie auch gar nicht kennen. Da sie indessen auch in diesem Falle gegeben ist, entfällt die Möglichkeit, im Abschluß des Gesellschaftsvertrages zugleich eine konkludent erteilte Ermächtigung zur a.p.s. zu sehen.

Von diesen rechtskonstruktiven Bedenken abgesehen, scheitert die Annahme der a.p.s. als einer gewillkürten Prozeßstandschaft auch an praktischen Gesichtspunkten. Da die Ermächtigung den Kläger im Rechtsstreit ermächtigen soll, muß sie diesem nach außen hin, d. h. im Verhältnis zum Prozeßgegner erteilt worden sein⁴⁵⁰). Daran würde es bei der a.p.s. fehlen. Außerdem klagt der Gesellschafter aus eigenem Recht, was bei der gewillkürten Prozeßstandschaft gerade nicht der Fall ist. Denn der gewillkürte Prozeßstandschafter stützt seine Klagelgitimation nur auf eine Ermächtigung des Rechtsträgers; er muß sich darauf ausdrücklich berufen, wenn die Rechtswirkungen der gewillkürten Prozeßstandschaft eintreten sollen⁴⁵¹).

Zu diesen gehört schließlich die unerwünschte Rechtskraftwirkung, die das vom Gesellschafter erstrittene Urteil haben würde, wenn man die a.p.s. als gewillkürte Prozeßstandschaft ansähe. Es wird im Schrifttum zur a.p.s. nirgends bestritten, daß das klageabweisende Urteil im Prozeß des mit der a.p.s. klagenden Gesellschafters nicht gegen die Gesellschaft in Rechtskraft erwächst und das zusprechende Urteil der Gesellschaft nur tatsächlich, nicht aber rechtlich zugute kommt⁴⁵²). Ebenso ist anerkannt, daß im Falle gewillkürter Prozeßstandschaft das Urteil, das der Ermächtigte erstreitet, für und gegen den Rechtsinhaber in Rechtskraft erwachsen muß⁴⁵³). Die Annahme einer gewillkürten Prozeßstandschaft würde also zu einer, wie noch darzulegen sein wird, unerträglichen Rechtskrafterstreckung führen.

Demgegenüber sind die Bedenken, die der Annahme der a.p.s. als eines Falles gesetzlicher Prozeßstandschaft entgegenstehen könnten, nicht begründet.

⁴⁵⁰) RGZ 73, 306 (309); RG JW 1929, 1747 Nr. 12; BGH L/M § 325 ZPO Nr. 4.

⁴⁵¹) BGH aaO.

⁴⁵²) Näheres hierzu unten S. 92 ff.

⁴⁵³) Vgl. oben S. 87.

Zwar liegt in dem Fehlen einer ausdrücklich ermächtigenden Bestimmung eine gewisse Schwierigkeit. Einmal muß aber für den Begriff der gesetzlichen Ermächtigung auch eine gewohnheitsrechtliche Norm ausreichen, da auch diese Gesetz ist (§ 2 EGBGB). Darüber hinaus muß es für die Annahme einer gesetzlichen Prozeßstandschaft genügen, wenn sich diese als gesetzliche Folge eines Rechtsgeschäftes nach allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten ergibt. Die a.p.s. ist lediglich eine gesetzliche Folge des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages⁴⁵⁴). Denn sie steht jedem Gesellschafter mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages, also mit Erlangung der Gesellschaftereigenschaft, ipso iure zu; einer besonderen Bestimmung im Verträge bedarf es nicht. Ebenso, wie sie jedem neu eintretenden Gesellschafter ipso iure zusteht, geht sie dem Ausscheidenden mit Verlust seiner Gesellschafterstellung verloren⁴⁵⁵). Ein nachträglicher genereller oder für bestimmte Fälle vereinbarter Ausschluß der a.p.s. in bezug auf einzelne oder mehrere bestimmte Gesellschafter würde eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bedeuten⁴⁵⁶), die der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedürfte. Dieser Ausschluß der a.p.s. im Gesellschaftsvertrag wäre die vertragliche Beseitigung einer gesetzlichen Folge des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages.

Aus all diesen Gründen kann allein die Ansicht zu befriedigenden Ergebnissen führen, die in der a.p.s. einen Fall gesetzlicher Prozeßstandschaft sieht. Dem entspricht auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, das die a.p.s. als eigenes Recht des Gesellschafters zur Geltendmachung eines Anspruchs der Gesellschaft definiert und wiederholt entschieden hat, daß das Gesellschafterurteil gegenüber der Gesamthand nicht in Rechtskraft erwächst.⁴⁵⁷

2. Die Rechtskraftwirkungen des Urteils im Gesellschafterprozeß

a) Problemstellung

Im Rahmen der verfahrensrechtlichen Prüfung der a.p.s. sind die Rechtskraftwirkungen des vom Einzelgesellschafter erstrittenen Urteils von besonderem Interesse⁴⁵⁸). Dabei handelt es sich nur um die innere, materielle Rechtskraft⁴⁵⁹). Sie sorgt dafür, daß in keinem späteren Prozeß unter denselben Parteien das Urteil inhaltlich außer acht gelassen und beiseite geschoben werden darf⁴⁶⁰). M. a. W.: Soweit die Rechtskraft reicht, ist jeder Streit über dieselbe Sache den Parteien versagt, jede Entscheidung darüber unzulässig, jedes Staatsorgan (mit Ausnahme des Strafrichters) gehalten, die Entscheidung ohne weitere Prüfung dem eigenen Verhalten zugrunde zu legen⁴⁶¹).

Die Problematik der Rechtskraftwirkungen des Urteils im Gesellschafterprozeß wird an folgendem Fall deutlich:

⁴⁵⁴) Also ein naturale negotii; vgl. Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB S. 153. — Ähnlich Riedenklau S. 54: Eine durch die Mitgliedschaft bedingte Folge.

⁴⁵⁵) S. aber unten S. 97 ff.

⁴⁵⁶) Fehrman S. 75; vgl. auch Hueck in Festschrift für Heymann S. 706.

⁴⁵⁷) Vgl. z. B. RGZ 90, 300 (302); 171, 51 (55).

⁴⁵⁸) Das Urteil, das die Gemeinschaft selbst gegen einen Gesellschafter erstreitet, wirkt nicht nur Rechtskraft für und gegen diese, sondern schließt auch alle weiteren, gleichgerichteten Einzelklagen aus. Denn dann haben alle Gesellschafter, also der Berechtigte, geklagt. Die Rechtskraftwirkung auf den „eigenen“ Anspruch läßt sich aus § 432 II BGB entnehmen: Es tritt Gesamtwirkung ein, weil es nicht eine Tatsache ist, die nur in der Person eines Gläubigers eintreten ist.

⁴⁵⁹) Nicht von Bedeutung ist im Rahmen dieser Arbeit die äußere, formelle Rechtskraft (§ 705 ZPO). Sie tritt ein, wenn das Urteil unanfechtbar ist, weil die Frist zur Einlegung des zulässigen Rechtsmittels abgelaufen ist; sie sorgt dafür, daß der Prozeß sein Ende findet. Wenn daher im folgenden allgemein von der Rechtskraft die Rede ist, so ist damit die materielle gemeint, die die formelle voraussetzt.

⁴⁶⁰) Lent - Jauernig S. 177.

⁴⁶¹) Rosenberg, Lehnrb. S. 735.

Der BGB-Gesellschafter A klagt gegen seinen Mitgesellschafter B mit der a.p.s. auf Leistung dessen rückständigen Geldbeitrages an die Gesellschaftskasse. Die Klage wird rechtskräftig abgewiesen.

Es fragt sich, ob nun der Gesellschafter C noch mit der a.p.s. oder der vertretungsberechtigte Geschäftsführer D im Namen der Gesellschaft gegen B auf Beitragszahlung klagen können. Ferner sind die Wirkungen des Urteils zu prüfen, das der Klage des Gesellschafters A stattgibt.

Durch diese Untersuchungen soll festgestellt werden, ob und gegebenenfalls welche Wirkungen das vom Einzelgesellschafter erstrittene rechtskräftige Urteil nach den gegensätzlichen Auffassungen über die a.p.s. äußert.

b) Objektive und subjektive Rechtskraft

Das Gesetz regelt die materielle Rechtskraft⁴⁶²⁾ in den §§ 322 und 325 ZPO. Dabei bestimmt § 322 ZPO die objektiven, § 325 ZPO die subjektiven Grenzen der Rechtskraft.

Subjektiv ist die Rechtskraftwirkung des Urteils nach § 325 I ZPO grundsätzlich auf die Parteien beschränkt. Dieser Grundsatz ergibt sich daraus, daß andere Personen als die Parteien keinen rechtlichen Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis haben, deshalb von ihnen auch nicht verlangt werden kann, daß sie das Ergebnis respektieren müssen⁴⁶³⁾.

Nach § 322 I ZPO sind Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Man ist sich darüber einig, daß unter dem „Anspruch“ im Sinne dieser Vorschrift der sogenannte prozessuale Anspruch oder Streitgegenstand zu verstehen ist⁴⁶⁴⁾. Er bestimmt den Umfang der Rechtskraft⁴⁶⁵⁾. Dieser ist verschieden je nach der Auffassung vom Streitgegenstand und dem Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung⁴⁶⁶⁾.

Der Begriff des Streitgegenstandes gehört zu den problematischsten des Zivilprozeßrechts. Angesichts der zahlreichen Ansichten, von denen keine mit der anderen völlig übereinstimmt⁴⁶⁷⁾, kann von einer herrschenden Meinung nicht die Rede sein. Den folgenden Erörterungen soll der Streitgegenstandsbegriff Henckels zugrunde gelegt werden; danach ist Streitgegenstand der

⁴⁶²⁾ Im übrigen liegt den folgenden Ausführungen die von der h.M. vertretene formelle oder prozeßrechtliche Rechtskrafttheorie zugrunde, wonach das Urteil rein prozeßrechtlich wirkt, indem es jeden künftigen Richter an den Anspruch des Urteils bindet und verpflichtet, dieselbe Sache in gleichem Sinne zu entscheiden; vgl. statt vieler Bötticher, Kritische Beiträge S. 128 ff. sowie Rosenberg, Lehrb. S. 735 ff.; s. auch Sauer S. 246 ff.

⁴⁶³⁾ Statt aller: Lent - Jauernig S. 185.

⁴⁶⁴⁾ Vgl. Rosenberg, Lehrb. S. 415; Schöнке - Schröder - Niese S. 212; Wleczorek § 253 B II; Nikisch, Lehrb. S. 161 u.v.a.

⁴⁶⁵⁾ Lent - Jauernig S. 181; abw. Zeuner S. 176, wonach der Streitgegenstand nicht der einzige Faktor ist, der den Umfang der Rechtskraft bestimmt. Unabhängig vom Streit um Begriff und Abgrenzung der Streitgegenstandsdefinition ist man sich aber im wesentlichen darüber einig, daß die Wirkungen der materiellen Rechtskraft nicht weitergehen, als der Streitgegenstand reicht; vgl. Zeuner S. 6, auch Anm. 3.

⁴⁶⁶⁾ Lent - Jauernig S. 184.

⁴⁶⁷⁾ Vgl. Lent - Jauernig S. 110; Rosenberg, Lehrb. S. 420; Nikisch, Lehrb. S. 162; ders., Streitgegenstand S. 2; Bötticher, Festgabe S. 84; Schöнке - Schröder - Niese S. 212; Schwab S. 199; Habscheid S. 221/2; Henckel, Parteilchre S. 277; Stein - Jonas § 253 III 2; s. auch Lent, ZZP 65, 315 ff. Die einzelnen Definitionen des Streitgegenstands lösen sich teilweise völlig vom materiellen Recht — so etwa Schwab —, teilweise befürworten sie eine engere Anlehnung an das materielle Recht — so Lent, Nikisch, Henckel. Die zuletzt genannten Ansichten verdienen m.E. den Vorzug (vgl. insbes. die von Nikisch in AcP 154, 271 ff. angeführten Gründe für eine materiellrechtlich orientierte Streitgegenstandsdefinition). Eine eingehende Stellungnahme ist hier jedoch nicht erforderlich.

Leistungsklage „der zwischen den behaupteten Subjekten als bestehend behauptete materielle Anspruch, der durch seinen Inhalt und den Anspruchsgrund individualisiert wird“⁴⁶⁸⁾).

c) *Anspruch der Gesamthand*

Nach der Auffassung, die nur einen Anspruch der Gesellschaft annimmt, der in Prozeßstandschaft durch den einzelnen Gesellschafter geltend gemacht wird, ist auch nur von einem einheitlichen Streitgegenstand im Gesellschafter- und Gesellschaftsprozeß auszugehen. Der Streitgegenstand des Einzelprozesses des Gesellschafters ist mit dem des Gemeinschaftsprozesses der Gesellschaft — wie im Falle der Einzelklage des Miterben nach § 2039 BGB und der Klage der Erbengemeinschaft⁴⁶⁹⁾ — identisch, weil die behaupteten Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses bei jeder Klage dieselben sind. Nicht die Parteien aber individualisieren den Streitgegenstand, sondern die behaupteten Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses⁴⁷⁰⁾. Streitgegenstand auch der Einzelklage ist somit der der Gesamthandsgemeinschaft zustehende Anspruch⁴⁷¹⁾. Es können also durchaus verschiedene Personen um ein und denselben Streitgegenstand prozessieren⁴⁷²⁾.

Handelt es sich mithin im Einzelprozeß des Gesellschafters um denselben prozessualen Anspruch wie im Gemeinschaftsprozeß, so fragt es sich, ob vom Urteil des Einzelgesellschafters eine Rechtskrafterstreckung ausgeht oder ob bei der a.p.s. dieselbe Regelung Platz greifen muß wie im Falle der Klage eines Miterben gemäß § 2039 BGB. Auch hier ist der Streitgegenstand in Einzel- und Gemeinschaftsprozeß derselbe; dennoch kann jeder Miterbe unabhängig davon, ob die Einzelklage eines anderen Miterben abgewiesen worden ist, Klage erheben, solange der Anspruch der Erbengemeinschaft nicht erfüllt ist⁴⁷³⁾.

Die objektive Rechtskraft besagt zunächst nur, daß eine Bindung an die Vorentscheidung über dieselbe Sache eintritt⁴⁷⁴⁾. Eine Frage der subjektiven Rechtskraft ist es dagegen, ob das vom Einzelgesellschaftler mit der a.p.s. erwirkte Urteil weitere Prozesse anderer Gesellschafter oder der Gesamtheit über denselben Gegenstand ausschließt, die objektive Rechtskraft sich also auch auf andere Personen als die Parteien erstreckt. Dabei interessieren in erster Linie die möglichen Wirkungen des klageabweisenden Gesellschafterurteils.

aa) Die Wirkungen des klageabweisenden Urteils

Man könnte meinen, daß die Prozeßstandschaft grundsätzlich ein Fall der Rechtskrafterstreckung sei, mithin eine Ausnahme vom Grundsatz des § 325 I ZPO darstelle, wonach die Rechtskraft nur unter den Parteien wirkt. Das nehmen z. B. Schönke - Schröder - Niese bei der Erörterung der erweiterten Rechtskraft an⁴⁷⁵⁾. Die Rechtskraft, so wird ausgeführt, sei u. a. in den Fällen erweitert, in denen jemand einen fremden Anspruch im eigenen Namen als Partei geltend mache. Eine Rechtskraftwirkung über die Parteien hinaus sei

⁴⁶⁸⁾ Henckel aaO.

⁴⁶⁹⁾ Henckel, Parteilehre S. 140.

⁴⁷⁰⁾ Ders. aaO S. 141.

⁴⁷¹⁾ Ders. aaO S. 213.

⁴⁷²⁾ Vgl. Nikisch, AcP 154, 271 (298). Im übrigen wird dieses Ergebnis auch gestützt von dem Institut der Hauptintervention.

⁴⁷³⁾ Vgl. Blomeyer, AcP 159, 385 (396); Henckel aaO S. 46; zu den Gründen im einzelnen s. unten S. 93 f.

⁴⁷⁴⁾ Henckel, Parteilehre S. 294.

⁴⁷⁵⁾ S. 352; ferner Baumbach - Lauterbach § 325 Anm. 5 B a; anscheinend auch Fehrman S. 27 Fußn. 95; s. dazu oben S. 87.

dann gegeben, wenn eine Partei den Rechtsstreit kraft Prozeßstandschaft führe. Das gelte auch dann, wenn die Prozeßstandschaft auf einer Ermächtigung zur Prozeßführung beruhe. In allen diesen Fällen wirke die Rechtskraft für und gegen denjenigen, dessen Recht geltend gemacht werde⁴⁷⁶⁾.

Es trifft zu, daß die Rechtskraft des Urteils im Prozeß des gewillkürten Prozeßstandschafters über die Parteien hinaus auch für und gegen den Rechtsinhaber wirkt. Denn dieser hat ja den Prozeßstandschafter zur Prozeßführung ermächtigt und muß daher auch die Wirkungen des von diesem erstrittenen Urteils gegen sich gelten lassen, kann diese aber auch für sich in Anspruch nehmen⁴⁷⁷⁾. Es ist also ausgeschlossen, daß der zur Prozeßführung ermächtigende Rechtsinhaber nach Abweisung der Klage des ermächtigten Dritten das betreffende Recht noch einmal klageweise geltend machen kann.

Auch im Falle der gesetzlichen Prozeßstandschaft läge es nahe, eine Erstreckung der Rechtskraft vom Urteil des zur Prozeßführung Befugten gegenüber den Parteien des den Streitgegenstand bildenden Rechtsverhältnisses anzunehmen⁴⁷⁸⁾. Andernfalls wäre der Beklagte einer erneuten Klage durch den Rechtsinhaber ausgesetzt. Die Fälle gesetzlicher Prozeßstandschaft, die sich auch mit der prozessualen Seite der Klage des Prozeßführungsbefugten befassen, legen jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Rechtskrafterstreckung fest; infolgedessen gilt hier grundsätzlich die durch § 325 I ZPO auf die Parteien beschränkte Urteilswirkung. Dies folgt aus § 1380, 2 BGB a. F. und § 326 II ZPO. Hier kann der kraft Gesetzes zur Prozeßführung über ein fremdes Recht befugte Ehemann bzw. Vorerbe prozessieren, ohne daß der Inhaber des Rechts an das Prozeßergebnis gebunden wäre; eine Rechtskrafterstreckung tritt nur ein, wenn der Prozeßführungsbefugte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers über den Gegenstand der Klage verfügen kann.

Die anderen Fälle gesetzlicher Prozeßstandschaft enthalten keine derartige Bestimmung. Es fragt sich daher, ob in diesen Fällen etwas anderes zu gelten hat oder ob die in den §§ 1380, 2 BGB a. F., 326 II ZPO getroffene Regelung der Rechtskrafterstreckung bei Verfügungsbefugnis des Prozeßführungsbefugten Ausdruck eines allgemeinen Prinzips ist, das auch auf sonstige Fälle gesetzlicher Prozeßstandschaft angewandt werden muß.

Die Frage ist bestritten. Bettermann⁴⁷⁹⁾ wendet gegen die §§ 1380, 2 BGB a. F., 326 II ZPO ein, daß im Falle des Prozesses des Nicht- oder Nichtalleinberechtigten, der zur (alleinigen) Prozeßführung berechtigt sei, die Unzumutbarkeit der Rechtskraftbeschränkung größer sei als die Unzumutbarkeit der Rechtskrafterstreckung auf den Dritten. Hier sei es dem Gegner unzumutbar, sich mit dem Nichtberechtigten auf einen Prozeß einlassen zu müssen, dessen Ergebnis der Berechtigte nicht gegen sich gelten zu lassen brauche. Bettermann meint, mit Recht habe man die §§ 1380, 2 BGB, 326 II ZPO einen gesetzgeberischen Mißgriff gescholten, soweit sie die Rechtskrafterstreckung von der Verfügungsmacht des Prozeßführers abhängig machten. Und erst recht sei es unzulässig, aus diesen Bestimmungen ein allgemeines Prinzip dahingehend abzuleiten, daß die Prozeßführung des Prozeßstandschafters Rechtskraftwirkung gegen den Inhaber nur habe, wenn der Prozeßstandschafter über das streitige Recht verfügen könne⁴⁸⁰⁾.

Der Auffassung Bettermanns kann jedoch nicht gefolgt werden, da allein die Anwendung des in den §§ 1380, 2 BGB a. F., 326 II ZPO enthaltenen Grundgedankens auch auf die anderen Fälle gesetzlicher Prozeßstandschaft

⁴⁷⁶⁾ AA.O.

⁴⁷⁷⁾ H. M., vgl. Wieczorek § 325 B III a; v. Brunn S. 90; BGH L/M § 325 ZPO Nr. 4.

⁴⁷⁸⁾ Vgl. Henckel, Parteilehre S. 139 sowie ZZP 70, 448 ff.

⁴⁷⁹⁾ Bettermann S. 86.

⁴⁸⁰⁾ Bettermann aaO.

zu gerechten Ergebnissen führt. Dies muß nicht nur für § 1011 BGB⁴⁸¹⁾, sondern auch für § 2039 BGB⁴⁸²⁾ und — soweit man § 432 BGB auf Gesellschaftsforderungen anwendet — auch für die a.p.s. gelten. Die Rechtskrafterstreckung im Falle der gewillkürten Prozeßstandschaft rechtfertigt sich gerade dadurch, daß der Prozeßstandschafter nur mit Willen des Rechtsinhabers klagen darf. Ebenso ist die Rechtskrafterstreckung am Platze, wenn der Prozeßführungsbefugte kraft Gesetzes ohne Zustimmung des Rechtsinhabers über dessen Recht verfügen kann. In den anderen Fällen gesetzlicher Prozeßstandschaft ist aber der materiell Rechtsfremde zur Prozeßführung auch dann und gerade dann befugt, wenn der Rechtsinhaber damit nicht einverstanden ist. Dann aber wäre eine Rechtskrafterstreckung unerträglich. Zu Recht hält Blomeyer⁴⁸³⁾ es für unvertretbar, dem Miterben einen Einzelanspruch zu geben, um die Lage der Erbengemeinschaft zu erleichtern, gleichzeitig aber diese Gemeinschaft mit dem Verlustrisiko zu belasten. Den Erben ginge ihr Anspruch durch den Verlust des Einzelprozesses praktisch endgültig verloren, während umgekehrt der siegreiche Schuldner keine materielle Einbuße erleide, wenn ihm weitere Prozesse drohten.

Die Lösung, eine Rechtskrafterstreckung nur dann eintreten zu lassen, wenn der Prozeßführungsbefugte auch ohne Zustimmung des Rechtsinhabers über den Gegenstand der Klage verfügen kann, ist um so mehr zu befürworten, als die Bedenken Bettermanns ohne weiteres zu beheben sind. Denn der Schuldner hat, worauf allenthalben hingewiesen wird⁴⁸⁴⁾, die Möglichkeit, sein Interesse an einer endgültigen Entscheidung durch Erhebung der negativen Feststellungsklage zu wahren. Damit ist seinen Interessen hinreichend Rechnung getragen. Aus alledem ergibt sich ohne weiteres, daß im Gegensatz zur Auffassung Bettermanns nicht die Rechtskraftbeschränkung, sondern vielmehr die Rechtskrafterstreckung unzumutbar wäre.

Dasselbe würde auch für die Personalgesellschaft gelten, wenn eine Rechtskrafterstreckung des Urteils des mit der a.p.s. klagenden Einzelgesellschafters einträte. Durch eine Rechtskrafterstreckung auf die Gesellschaft und die anderen Gesellschafter würde der Einzelgesellschafter, der als solcher nicht über den Anspruch der Gesellschaft verfügen kann, verfügungsähnliche Wirkungen zu Lasten der anderen Mitberechtigten herbeiführen können⁴⁸⁵⁾. Die Interessenlage aller Beteiligten eines Gesellschaftsverhältnisses wie auch einer Miterbengemeinschaft verbietet ein derartiges Ergebnis. Es bestehen daher keine Bedenken, aus den §§ 1380, 2 BGB a. F., 326 II ZPO den allgemeinen Grundsatz zu entnehmen, daß das Urteil des Prozeßführungsbefugten gegen den Rechtsinhaber nur dann in Rechtskraft erwächst, wenn der Prozeßführungsbefugte über den Gegenstand der Klage ohne Zustimmung des Rechtsinhabers verfügen kann oder dieser seine Zustimmung zur Verfügung oder Prozeßführung erklärt⁴⁸⁶⁾.

Daraus folgt, daß die Rechtskraft des klageabweisenden Gesellschaftersurteils weder gegenüber der Gesellschaft wirkt, noch die Befugnis der anderen Gesellschafter zur a.p.s. beeinträchtigt. Haben allerdings alle Gesellschafter erfolglos gegen den Gesellschafters-Schuldner geklagt, so muß dieser, worauf

⁴⁸¹⁾ RGZ 119, 163 (169); Blomeyer, AcP 159, 395; für diesen Fall auch von Bettermann aaO nicht bestritten.

⁴⁸²⁾ RGZ 44, 183 (185); 93, 127 (129); Blomeyer S. 395/6; Rosenberg, Lehrb. S. 198; Hofmann S. 86 u.v.a. — A.A. Bettermann aaO, weil die Anwendung des § 432 II BGB hier nicht Gesetz geworden sei.

⁴⁸³⁾ AaO S. 396.

⁴⁸⁴⁾ Blomeyer aaO mit Nachweisen.

⁴⁸⁵⁾ Henckel, Parteilehre S. 214.

⁴⁸⁶⁾ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet § 265 mit § 325 ZPO, Rosenberg, Lehrb. S. 198. Grund ist die materiellrechtliche Abhängigkeit der Rechtsstellung des Nachfolgers von den Rechtshandlungen des Veräußerers, vgl. Henckel aaO S. 160 und 139.

Blomeyer für die Miterbengemeinschaft hinweist⁴⁸⁷), dies der im Namen der Gesellschaft erhobenen Klage entgegenhalten können. Wie die Erben können die Personalgesellschaftler durch nacheinander abgegebene Erklärungen über einen gemeinschaftlichen Gegenstand verfügen, weil die Verfügung eines Gesellschafters durch die anderen genehmigt werden kann⁴⁸⁸). Dann aber muß auch die Rechtskraft der abgewiesenen Einzelklagen gegenüber der Gemeinschaftsklage wirken.

bb) Die Wirkungen des der Klage stattgebenden Urteils

Entsprechend der Rechtslage beim klageabweisenden Urteil erscheint es nur folgerichtig, auch dem klagezusprechenden Urteil des Einzelgesellschafters eine Rechtskrafterstreckung über die Parteien hinaus zu versagen. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht für den gleichliegenden Fall einer Miterbenklage nach § 2039 BGB entschieden. Wenn auch eine vom Kläger erzielte obsiegende Entscheidung regelmäßig den anderen Miterben nützlich sein werde, so bedeute dies doch nur eine tatsächliche, nicht eine rechtliche Urteilsfolge⁴⁸⁹). Daher kann auch nur der siegreiche Miterbe vollstrecken⁴⁹⁰) (Vollstreckungsstandschaft)⁴⁹¹). Das Reichsgericht hat somit an der durch die §§ 432 II BGB, 325 I ZPO gegebenen Rechtslage festgehalten.

Demgegenüber wird verschiedentlich eine Rechtskrafterstreckung des günstigen Urteils im Einzelprozeß angenommen⁴⁹²). Diese Lösung wäre zwar sachgerecht; sie ist aber nicht erforderlich. Zutreffend führt Blomeyer⁴⁹³) aus, wenn schon das Gesetz ein Prozeßführungsrecht ohne Urteilsrechtskraft zulasse, so müsse doch die Zustimmung des Rechtsinhabers zur Prozeßführung eine Rechtskrafterstreckung herbeiführen. Dieser in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Prozeßführungsrecht des Ehemannes nach § 1380 BGB a. F. entwickelte Grundsatz gelte auch für den Miterben, der ohne Rechtskrafterstreckung prozeßführungsbefugt sei. Seine Prozeßführung müsse von der Gemeinschaft genehmigt werden können, um die Rechtskrafterstreckung herbeiführen; müsse sich die Erbengemeinschaft die Prozeßführung des Miterben zu ihrer Unterstützung gefallen lassen, so müsse sie sich auch mit der erfolgreichen Prozeßführung einverstanden erklären dürfen.

Dieselben Grundsätze müssen aber auch für die Klage des einzelnen Personalgesellschaftlers als Prozeßstandschafter gelten. Die Rechtskraft des von ihm erstrittenen obsiegenden Urteils wirkt danach nicht gegenüber der Gesellschaftergesamtheit. Allerdings kann diese die erfolgreiche Prozeßführung des Gesellschafters genehmigen und damit die Rechtskrafterstreckung herbeiführen.

d) *Eigener Anspruch des Gesellschafters*

Will man dagegen in der a.p.s. einen selbständigen, von dem der Gesellschaft verschiedenen materiellen Anspruch des Einzelgesellschaftlers sehen, so sollte es sich in dessen Prozeß und in dem der Gesellschaft gegen den pflichtigen Gesellschaftler auch um zwei verschiedene Streitgegenstände handeln⁴⁹⁴).

⁴⁸⁷) S. 397.

⁴⁸⁸) S. oben S. 69 und 71.

⁴⁸⁹) RGZ 93, 127 (129).

⁴⁹⁰) Blomeyer S. 397.

⁴⁹¹) Zu diesem Begriff vgl. Bettermann S. 35.

⁴⁹²) Wieczorek § 62 A II b 1; auch Henckel, Parteilehre S. 214 sieht für eine Rechtskrafterstreckung des stattgebenden Urteils, also zugunsten der Mitberechtigten, kein Hindernis, weil diese die Wirkung eines günstigen Urteils, das einer von ihnen als Prozeßstandschafter für die Gemeinschaft erstritten habe, stets durch Zustimmung auf sich ziehen könnten. Habe das Urteil ohnehin nur vorteilhafte Wirkungen für die Gemeinschaft, so könne man auf die Zustimmung ohne Gefahr verzichten.

⁴⁹³) S. 398/9; vgl. auch Henckel aaO.

⁴⁹⁴) Vgl. dazu auch für den Fall des § 2039 BGB Blomeyer, AcP 159, 385 (391).

Die Tatsache, daß in beiden Fällen der Leistungsempfänger derselbe ist, dürfte auf dieses Ergebnis keinen Einfluß haben; im ersten Fall würde ein materieller Anspruch als zwischen zwei Gesellschaftern, im zweiten als zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter bestehend behauptet. Dies hätte zur Folge, daß Rechtskraftwirkungen von dem durch den Gesellschafter mit der a.p.s. geführten Prozeß gegenüber den anderen Gesellschaftern oder der Gesellschaft nicht eintreten könnten. Denn der einzelne würde um sein Recht prozessieren, das ein anderes ist als das der Gesellschaft oder eines Mitgesellschafters gegen den vertraglich verpflichteten Gesellschafter. Nur auf diesen Streitgegenstand erstreckte sich die Rechtskraft und sie wirkte grundsätzlich gemäß § 325 I ZPO nur für und gegen die Parteien⁴⁹⁵⁾.

Wären aber die Streitgegenstände im Einzelprozeß und im Gemeinschaftsprozeß verschieden, so könnte die Frage einer Rechtskrafterstreckung auf andere Personen als die Parteien gar nicht auftauchen. Denn eine Rechtskrafterstreckung auf die Gemeinschaft könnte nur eintreten, wenn über den Streitgegenstand der Gemeinschaftsklage im Einzelprozeß objektiv rechtskräftig entschieden würde. An der objektiven Rechtskraft, der Voraussetzung einer Rechtskrafterstreckung über die Parteien hinaus, würde es aber wegen Verschiedenheit der Streitgegenstände beider Prozesse fehlen. Vom Einzelprozeß des mit der a.p.s. als „eigenem“ Anspruch klagenden Gesellschafters könnte demnach keine Rechtskraftwirkung auf die Gesellschaftsklage oder die Einzelklage anderer Gesellschafter ausgehen⁴⁹⁶⁾ 497).

Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob es sich im Gesellschafter- und im Gesellschaftsprozeß um verschiedene Streitgegenstände handelt. Es wurde schon erwähnt, daß nicht die Parteien den Streitgegenstand individualisieren, weshalb auch verschiedene Personen um denselben Streitgegenstand prozessieren können⁴⁹⁸⁾. Wenn aber der Streitgegenstand durch die behaupteten Subjekte des als bestehend behaupteten materiellen Anspruchs individualisiert wird⁴⁹⁹⁾, dann kann auch nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs der Streitgegenstand des Gesellschafterprozesses kein anderer sein als der des gemeinschaftlichen Prozesses. Das folgt daraus, daß der Gesellschafter mit der a.p.s. die Leistung nicht an sich, sondern nur an die Gesamthand fordern kann. In beiden Fällen behauptet der Kläger — der mit der a.p.s. klagende Gesellschafter oder der vertretungsberechtigte Geschäftsführer der Gesellschaft —, es bestehe eine Leistungspflicht eines einzelnen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaftergesamtheit. Damit sind die behaupteten Subjekte des streitigen Rechtsverhältnisses im Einzel- und im Gemeinschaftsprozeß gleich. Aber auch der behauptete materielle Anspruch, der durch seinen Inhalt und den Anspruchsgrund individualisiert wird⁵⁰⁰⁾, ist bei beiden Klagen derselbe: Der beklagte Gesellschafter ist zur Leistung seines Geldbeitrags an die Gesellschaftskasse verpflichtet; den Anspruchsgrund bildet das Gesellschaftsverhältnis, d. h. seine im Gesellschaftsvertrag übernommene Verpflichtung.

Daraus folgt aber, daß der Streitgegenstand im Gesellschafter- wie im Gesellschaftsprozeß derselbe ist. Richtet sich daher die a.p.s. auf denselben Streitgegenstand wie die Gesellschaftsklage, so kann, da verschiedene Streitgegenstände verschiedene materiellrechtliche Ansprüche voraussetzen würden,

⁴⁹⁵⁾ S. oben S. 91.

⁴⁹⁶⁾ Zeuner S. 6: „Nur dann soll die Rechtskraft eines Urteils die Entscheidung eines späteren Prozesses beeinflussen, wenn in diesem der Streit um den Gegenstand des ersten Prozesses erneuert wird.“

⁴⁹⁷⁾ Blomeyer AcP 159, 394 beschränkt daher mit Recht die Untersuchung der Rechtskraftwirkung auf den Fall, daß „man die Klage als Geltendmachung des gemeinschaftlichen Anspruchs ansieht“.

⁴⁹⁸⁾ S. oben S. 92.

⁴⁹⁹⁾ AaO.

⁵⁰⁰⁾ Henckel, Parteilehre S. 277.

die a.p.s. kein „eigener“ materieller Anspruch des Gesellschafters im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sein⁵⁰¹⁾.

e) Ergebnis

Die Prüfung der Rechtskraftwirkungen des Gesellschafterurteils ergibt somit, daß eine Rechtskrafterstreckung auf die übrigen Gesellschafter — außer durch deren Zustimmung zur Prozeßführung des einzelnen — in keinem Falle eintritt.

Der Grund dafür, daß sich praktische Unterschiede in dieser Frage zwischen den beiden widersprechenden Ansichten über die a.p.s. nicht ergeben können, liegt aber nicht etwa darin, daß es nach der Meinung des Bundesgerichtshofs wegen Verschiedenheit der Streitgegenstände der Einzel- und der Gemeinschaftsklage zu einer objektiven Rechtskraftwirkung und damit auch Rechtskrafterstreckung des Gesellschafterurteils nicht kommen könnte. Vielmehr sind die Gründe für das Scheitern der Rechtskrafterstreckung nach beiden Auffassungen die gleichen, weil eine Verschiedenheit der Streitgegenstände des Gesellschafter- und des Gesellschaftsprozesses nicht möglich ist.

3. Die prozessuale Problematik der *actio pro socio* bei der Veräußerung des Gesellschaftsanteils eines Gesellschafters

a) Der Ausgangsfall

In der wiederholt zitierten Entscheidung vom 11. 2. 1960⁵⁰²⁾ hatte sich der Bundesgerichtshof mit der Frage zu befassen, welche prozessualen Folgen es hat, wenn der mit der a.p.s. klagende Gesellschafter während des Prozesses seinen Gesellschaftersanteil veräußert⁵⁰³⁾. Ist der Kommanditist — und damit auch jeder andere Personalgesellschafter —, der während des Prozesses aus der Gesellschaft ausscheidet, weiterhin zur Prozeßführung, d. h. zur Beendigung des schwebenden Verfahrens befugt oder endet diese Befugnis mit dem Auscheiden aus der Kommanditgesellschaft?

Im folgenden sollen die Auffassungen des Berufungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage dargelegt werden.

aa) Die Ansicht des Berufungsgerichts

Das Berufungsgericht⁵⁰⁴⁾ teilt die im Schrifttum überwiegende Meinung, der Gesellschafter mache mit der a.p.s. Ansprüche geltend, die der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter auf Erfüllung seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvertrag zustehen. Die a.p.s. sei eine Prozeßermächtigung, die der gesetzlichen Ermächtigung des Miterben aus § 2039, 1 BGB entspreche. In beiden Fällen gehe die an die Gesamthänderstellung

⁵⁰¹⁾ An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn man einen anderen Streitgegenstandsbegriff, etwa den Schwabs, zugrunde legt. Danach ist Streitgegenstand „das Begehren der im Klageantrag bezeichneten gerichtlichen Entscheidung“ (S. 199). Auch nach dieser Definition handelt es sich im Einzel- und im Gemeinschaftsprozeß um das Begehren derselben gerichtlichen Entscheidung, also um denselben Streitgegenstand.

⁵⁰²⁾ BGH NJW 1960, 964; vgl. oben S. 47 f. sowie S. 17 Anm. 1.

⁵⁰³⁾ Unter Veräußerung des Gesellschaftsanteils ist die (rechtsgeschäftliche) Übertragung der Mitgliedschaft als Ganzes zu verstehen; vgl. Hueck, OHG S. 290; Siebert, Gesellschaftsvertrag S. 25; Geiler in Düringer - Hachenburg II, 1 Anm. 296; Larenz, Besonderer Teil S. 290; BGH JZ 1952, 114 mit zust. Anm. von Hueck. Aus dem Vergleich mit § 2033 I BGB ergibt sich, daß eine solche Übertragung nicht aus der Natur des Gesamthandsprinzips ausgeschlossen ist. Im Gesellschaftsvertrag kann daher die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils vereinbart werden.

⁵⁰⁴⁾ OLG Koblenz; vgl. das nicht veröffentlichte Urteil des 2. ZS vom 29. 5. 1959 — 2 U 377/58 —, insbes. S. 15 ff.

gebundene Prozeßermächtigung mit Veräußerung des Anteils an der Gesamthandsgemeinschaft auf den oder die Erwerber über.

In der Frage, ob der Gesellschafter einen auf Grund dieser Ermächtigung begonnenen Prozeß auch nach Veräußerung seines Gesellschaftsanteils zu Ende führen könne, folgt das Gericht der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dieses hat für den Erwerb und den Verlust der Prozeßermächtigung des Ehemannes aus § 1380 BGB a. F. die (entsprechende) Anwendung des § 265 ZPO anerkannt, indem es die „durch die Begründung oder das Erlöschen des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechts bedingte Änderung der Klagebefugnis“ als eine Veräußerung oder Abtretung im Sinne des § 265 ZPO auffaßte⁵⁰⁵). Entsprechendes muß nach Ansicht des Berufungsgerichts von der Prozeßermächtigung in der Gestalt der a.p.s. gelten. Sei aber mit der Beteiligung des Klägers auch die Befugnis zur Erhebung der a.p.s. auf die neuen Gesellschafter übergegangen, so verbleibe dem Kläger die Prozeßführungsbefugnis für den anhängigen Prozeß aus § 265 II 2 ZPO, da kein Ausnahmefall des § 265 III ZPO vorliege, weil die Gutgläubensschutzvorschrift des § 325 II ZPO nicht eingreife.

bb) Die Ansicht des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof ⁵⁰⁶) vertritt demgegenüber die Auffassung, der Personalgesellschafter mache in der Gestalt der a.p.s. einen eigenen, nicht mit dem der Gesellschaft identischen Anspruch gegen seinen Mitgesellschafter geltend. Zur Frage des Fortbestehens der Prozeßführungsbefugnis des Klägers bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft während des Prozesses führt der Bundesgerichtshof u. a. aus, der gesellschaftsvertragliche Anspruch des einzelnen Gesellschafters stütze sich auf die Beteiligung des Berechtigten an der Gesellschaft (als Partner des Gesellschaftsvertrages); demzufolge finde bei einer Abtretung dieser Beteiligung die Vorschrift des § 265 ZPO Anwendung. Der Kläger sei also befugt gewesen, den bereits rechtshängig gewordenen Anspruch aus seiner Gesellschaftsbeteiligung auch noch weiter im Prozeß zu verfolgen, nachdem er seinen Geschäftsanteil abgetreten hatte.

b) Das Problem

Beide Gerichte kommen somit zu demselben Ergebnis, nämlich der Anwendbarkeit des § 265 ZPO auf den Fall der Veräußerung des Gesellschaftsanteils: Der Gesellschafter ist zur Beendigung des von ihm begonnenen Prozesses befugt. Infolgedessen stellt sich die Frage nach den Gründen, die den Bundesgerichtshof zur Abkehr von der vom Berufungsgericht und bis dahin auch von ihm selbst⁵⁰⁷) vertretenen Auffassung über die a.p.s. veranlaßt haben.

Die Gründe für die Änderung der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs ergeben sich aus seinem Urteil, in dem ausgeführt wird, die Klagebefugnis des Gesellschafters beruhe nicht nur auf einer Prozeßstandschaft, die unter Umständen mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft ende⁵⁰⁸). Das Urteil verweist dazu auf eine frühere Entscheidung⁵⁰⁹), in der er die vom Reichsgericht entwickelte, bis dahin herrschende Meinung, der das Berufungsgericht

⁵⁰⁵) Vgl. RGZ 135, 291 (293).

⁵⁰⁶) BGH NJW 1960, 964.

⁵⁰⁷) BGH NJW 1960, 433 f.; s. dazu oben S. 53.

⁵⁰⁸) BGH NJW 1960, 964.

⁵⁰⁹) Urt. des 2. ZS des BGH vom 17. 1. 1951 = BGHZ 1, 65 (67) = NJW 1951, 311 = JZ 1951, 447 = L/M § 265 ZPO Nr. 1. Diese Problematik ist zwar heute für ihren Ausgangspunkt, nämlich der Frage nach den prozessualen Folgen der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung nicht mehr von Interesse; sie hat aber grundsätzlich Bedeutung für die Abgrenzung von gesetzlichem Parteiwechsel und § 265 ZPO.

noch folgt, aufgegeben hat. Der Bundesgerichtshof hätte demnach, wenn er die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts gebilligt hätte, nicht zu einer Anwendung des § 265 ZPO gelangen können, ohne sich mit seiner eigenen früheren Rechtsprechung in Widerspruch zu setzen. Wollte der erkennende Senat dies vermeiden, so hätte mit dem Ausscheiden des Gesellschafters ein Parteiwechsel eintreten oder die Klage abgewiesen werden müssen⁵¹⁰⁾. Wollte der Bundesgerichtshof aber im Einklang mit seinem früheren Urteil zu der gewünschten Anwendung des § 265 ZPO gelangen, so bot sich dazu nach seiner Ansicht offenbar nur der Weg, als a.p.s. einen eigenen materiellen Anspruch des Gesellschafters gegen seinen Mitgesellschafter anzunehmen.

Abgesehen davon, daß die bisherigen Untersuchungen die Unhaltbarkeit eines derartigen „eigenen“ Anspruchs ergeben haben, fragt sich aber, ob der vom Bundesgerichtshof eingeschlagene Weg notwendig war. Dies macht eine Stellungnahme zu der reichsgerichtlichen Rechtsprechung und den im Schrifttum dagegen erhobenen Einwänden erforderlich.

Schon an dieser Stelle kann aber gesagt werden, daß es immerhin sehr zweifelhaft erscheint, ob die neue Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs eine echte Lösung darstellt. Denn es fragt sich, ob andere Fälle von Gesamthänderklagen mit ihrer Hilfe befriedigend gelöst werden könnten. Die gleiche Problemlage wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Falle der a.p.s. kann nämlich auch bei anderen Gesamthandsgemeinschaften entstehen, wie am Beispiel der Erbengemeinschaft deutlich wird. Klagt der Erbe A gegen den Miterben B nach § 2039 BGB auf Feststellung des Bestehens eines Anspruchs der Erbengemeinschaft gegenüber B, so stellt sich auch hier die Frage, ob A, wenn er während des Prozesses seinen Anteil nach § 2033 I BGB an den Erwerber K veräußert, sein Feststellungsbegehren weiterhin verfolgen kann.

Trotz der sonst bestehenden Unterschiede zwischen der Gesellschaft als auf Fortbestand angelegter Gesamthandsgemeinschaft und der Erbengemeinschaft als „geborener Liquidationsgemeinschaft“ wären beide Gemeinschaften in dieser Beziehung gleich zu behandeln. Es kann aber ernstlich nicht bezweifelt werden, daß der Miterbe als Prozeßstandschafter ein allen Gesamthändern gemeinschaftlich zustehendes Recht geltend macht. Da nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs die Prozeßstandschaft des Klägers mit seinem Ausscheiden aus der Gesamthandsgemeinschaft „unter Umständen“ enden würde, könnte er den Prozeß nicht nach § 265 ZPO zu Ende führen; es müßte entweder ein Parteiwechsel eintreten oder die Klage abgewiesen werden.

Dieses Ergebnis wäre jedoch nicht zu billigen. Denn die Interessenlage wäre hier die gleiche wie im entschiedenen Falle: Personalgesellschafter wie Miterbe sind auch nach ihrem Ausscheiden daran interessiert, den begonnenen Prozeß fortzuführen; denn von seinem Ausgang hängt die Höhe und somit der Wert ihres Anteils ab, den sie an einen Dritten veräußern. Auch den Interessen des Beklagten kann nur die Anwendung des § 265 ZPO gerecht werden, dessen Prozeßlage ohne diese Vorschrift verschlechtert werden könnte: Die Veräußerung der streitbefangenen Sache würde dem Veräußerer die Sachlegitimation nehmen, den Gegner um den vielleicht sicheren Prozeßsieg bringen und unter Umständen zwingen, einen neuen Prozeß mit dem Rechtsnachfolger zu beginnen⁵¹¹⁾.

c) Die Auffassungen zum Anwendungsbereich des § 265 ZPO

Das Reichsgericht hatte in seinem Urteil vom 10. 12. 1931⁵¹²⁾ die Frage zu beantworten, ob der Ehemann, welcher ein zum eingebrachten Gut seiner

⁵¹⁰⁾ Vgl. Rosenberg, Lehrb. S. 197 und DRiZ 1951, 205 f.

⁵¹¹⁾ Rosenberg, Lehrb. S. 491/2; vgl. auch Henckel, Parteilehre S. 175.

⁵¹²⁾ RGZ 135, 291 ff. = JW 1932, 1219 Nr. 18.

Frau gehöriges Recht im eigenen Namen gerichtlich geltend macht, die „Sachbefugnis“⁵¹³⁾ dadurch verliert, daß während des Rechtsstreits seine Verwaltung und Nutznießung durch rechtskräftiges Urteil aufgehoben wird. Das Reichsgericht entschied, der Ehemann habe durch die mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils eingetretene Beendigung seiner Verwaltung und Nutznießung sein Recht, den gegenwärtigen Rechtsstreit durchzuführen, nicht verloren. Der Begriff der Veräußerung oder Abtretung im Sinne des § 265 ZPO sei weit aufzufassen. Er umfasse jede Übertragung der Sache oder des Rechts auf eine andere Person, sofern sie die Sachlegitimation des Veräußerers berühre (RGZ 109, 48/9). Demgemäß sei unter der Veräußerung und Abtretung nicht nur die Übertragung des Rechts durch einen freiwilligen Akt, sondern auch der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung oder kraft Gesetzes zu verstehen (aaO S. 48). Gleichgültig sei es auch, ob durch die Veräußerung oder Abtretung das Vollrecht übertragen werde oder ob der Erwerber nur ein beschränktes Recht erlange. In diesem Sinne sei auch die durch die Begründung oder das Erlöschen des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechts bedingte Änderung der Klagebefugnis als eine Veräußerung oder Abtretung im Sinne des § 265 ZPO aufzufassen. Die Beendigung der Verwaltung und Nutznießung habe die Wirkung, daß die bis dahin dem Manne zustehende Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung des Rechts der Frau auf diese übergehe. In diesem Sinne sei die Frau als Rechtsnachfolgerin des Mannes anzusehen. Das habe das Reichsgericht für den Fall des § 239 ZPO bereits ausgesprochen (RGZ 109, 48). Es gelte in gleicher Weise auch für das Anwendungsgebiet des § 265 ZPO.

Diese Rechtsprechung des Reichsgerichts hat in neuerer Zeit im Schrifttum⁵¹⁴⁾ erheblichen Widerspruch gefunden. Verschiedene Autoren kamen zu dem Ergebnis, daß in allen Fällen der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes Parteiwechsel eintreten müsse, sofern der Mann befugt war, den Prozeß mit Wirkung gegen die Frau zu führen. De Boor⁵¹⁵⁾ hat gegen das Reichsgericht eingewandt, fasse man einmal das Ende der Nutzverwaltung unter § 239 ZPO⁵¹⁶⁾, so sollte das nicht nur beim Tode des Mannes, sondern für alle Fälle gelten, in denen während des Prozesses der Güterstand zu Ende gehe, namentlich, wenn durch rechtskräftiges Urteil der Güterstand aufgehoben oder die Ehe geschieden werde. Bötticher⁵¹⁷⁾ hat geltend gemacht, § 265 ZPO könne deshalb hier keine Anwendung finden, weil „diese Bestimmung auf Änderungen in der Rechtszuständigkeit, nicht aber auf Änderungen in der Zuständigkeit zur Geltendmachung von Rechten zugeschnitten ist“.

Vor allem aber wurden praktische Bedenken gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts vorgetragen. Es sei eine ziemlich unmögliche Lage für die Frau, daß der Mann nach der Scheidung die Prozesse über ihr Vermögen solle weiterführen können und müssen⁵¹⁸⁾. Besonders kraß nehme sich ein im Sinne des § 265 ZPO verlängertes Prozeßführungsrecht dort aus, wo der Mann sein

⁵¹³⁾ Sachbefugt war der Inhaber der Prozeßführungsbefugnis; vgl. Henckel aaO S. 147. Auch Wagemeyer (S. 31) verwendet noch den Ausdruck „Sachlegitimation“ i.S. des RG. Gemeint ist die Prozeßführungsbefugnis; vgl. auch Lücke, ZZP 76, 6.

⁵¹⁴⁾ De Boor, Parteiwechsel S. 67/8; Bötticher, Festschrift für Laun S. 295 ff.; vorher schon Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage S. 522; ders., Zivilprozeßrecht S. 196.

⁵¹⁵⁾ AaO.

⁵¹⁶⁾ RGZ 109, 48 wandte beim Tode des Ehemannes § 239 ZPO analog an. Allerdings wäre nach Ansicht de Boors analog § 242 ZPO die Einschränkung zu machen, daß die Frau nur eintrete, wenn das bei Lebzeiten des Mannes ergangene Urteil gegen sie gewirkt haben würde.

⁵¹⁷⁾ AaO S. 297.

⁵¹⁸⁾ De Boor aaO.

Verwaltungsrecht wegen Mißwirtschaft oder vor allem durch Ehescheidung verloren habe⁵¹⁹⁾).

Der Bundesgerichtshof⁵²⁰⁾ hat sich dieser Auffassung angeschlossen und in Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts entschieden: Erlösche die Prozeßführungsbefugnis des Ehemannes während eines schwebenden Rechtsstreits dadurch, daß der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung bei Lebzeiten des Mannes beendet werde, so sei die Ehefrau befugt, den schwebenden Rechtsstreit im eigenen Namen fortzusetzen.

d) *Stellungnahme und Ergebnis*

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist neuerdings mit überzeugenden Gründen verteidigt worden⁵²¹⁾. Das Hauptargument Böttichers⁵²²⁾, das sich auch der Bundesgerichtshof⁵²³⁾ zu eigen gemacht hat, besteht darin, daß § 265 ZPO auf Änderungen in der Rechtszuständigkeit, nicht aber auf Änderungen in der Zuständigkeit zur Geltendmachung von Rechten zugeschnitten sei. Das würde bedeuten, daß ein Wechsel der Prozeßführungsbefugnis stets den Parteiwechsel auslösen müßte. Dem hält Henckel mit Recht entgegen, daß ein Wechsel der Prozeßführungsbefugnis ohne Sachlegitimationswechsel auch zur Anwendung des § 265 ZPO führen kann, etwa in dem Falle, in dem der Konkursverwalter während des Konkurses den streitbefangenen Gegenstand freigibt: Dieser wechselt ohne Änderung des Rechtsträgers aus einem Vermögen in ein anderes über; der Konkursverwalter muß als Vertreter des Gemeinschuldners den Prozeß fortführen⁵²⁴⁾.

Auch die geltend gemachten praktischen Bedenken sind unbegründet. Zunächst berücksichtigt man vielfach nicht den Zweck des § 265 ZPO, der im Vertrauensschutz für die einmal gewonnene formelle Parteistellung besteht. Die Interessenlage ist bei Erwerb und Verlust der Prozeßführungsbefugnis grundsätzlich die gleiche wie bei Erwerb und Verlust der Sachlegitimation. In beiden Fällen würde die Nichtanwendung des § 265 ZPO dazu führen, daß dem Prozeßgegner eine neue Partei gegenüberstünde.

An dem Zweck des § 265 ZPO scheitert auch die von den Gegnern der reichsgerichtlichen Rechtsprechung angeführte Erwägung, daß eine durch § 265 ZPO über das Bestehen des Güterstandes hinaus verlängerte Prozeßführungsbefugnis des Ehemannes für die Frau unerträglich sei. Voraussetzung wäre, daß die Rechtskraft des vom Mann erstrittenen Urteils auch gegen die Frau wirkte⁵²⁵⁾. Das war aber nur der Fall, wenn die Frau der Prozeßführung des Mannes zugestimmt hatte oder dieser kraft Gesetzes verfügungsbefugt war. Die letzte Möglichkeit war praktisch bedeutungslos. Hatte aber die Frau der Prozeßführung des Mannes kurz vor Beendigung des Güterstandes noch zugestimmt, so sollte sie, wie Henckel⁵²⁶⁾ mit Recht betont, es sich auch gefallen lassen, daß der Mann den Prozeß noch mit Wirkung gegen sie zu Ende führte. Im übrigen mußte die Abwägung der Interessen des Mannes und der Frau nicht immer notwendig zu deren Gunsten ausfallen, da im

⁵¹⁹⁾ Bötticher aaO S. 303.

⁵²⁰⁾ Entsch. des 2. ZS vom 17. 1. 1951 = BGHZ 1, 65 (67) = NJW 1951, 311 = JZ 1951, 447 mit zust. Anm. von de Boor (450 f.) = ZZZP 65, 147 ff. mit zust. Anm. von Rosenberg (154) = L/M § 265 ZPO Nr. 1; vgl. auch Rosenberg, Lehrb. S. 197; ders., DRiZ 1951, 205 f.; Stein - Jonas § 239 Anm. II, 1 und § 265 Anm. III; Wieczorek § 239 D III a; Baumbach - Lauterbach § 239 Anm. 2 B.

⁵²¹⁾ Wagemeyer S. 65 ff.; Henckel, Parteilehre S. 145—177, insbes. S. 173 ff.

⁵²²⁾ Festschrift für Laun S. 297.

⁵²³⁾ BGHZ 1, 65 (67).

⁵²⁴⁾ Vgl. Henckel aaO S. 164 sowie S. 166 Anm. 142.

⁵²⁵⁾ Nur dann kann § 265 ZPO angewandt werden.

⁵²⁶⁾ Henckel aaO S. 176.

Einzelfall auch der Mann ein besonders schutzwürdiges Interesse an der Fortführung des Prozesses haben konnte⁵²⁷⁾.

Vor allem aber darf nicht übersehen werden, daß in § 265 ZPO nicht danach gefragt wird, ob die Prozeßführung des Rechtsvorgängers dem Nachfolger zumutbar ist. Der Vergleich der Interessenlage der Ehefrau mit der des Rechtserwerbers im Sinne des § 265 ZPO ergibt, daß die durch § 265 ZPO verlängerte Prozeßführungsbefugnis des Ehemannes für die Frau nicht drückender war, als die Prozeßführungsbefugnis des Rechtsvorgängers für den Rechtserwerber⁵²⁸⁾. Hinter dem Interesse des Prozeßgegners an der Fortsetzung des Prozesses mit der alten Partei muß das des Erwerbers bzw. der Ehefrau an der Beendigung der Prozeßführung des Veräußerers bzw. Ehemannes zurückstehen. Das Interesse des Prozeßgegners konnte sogar die Fortführung des Prozesses durch den Mann erfordern, wenn dieser es vielleicht gar nicht mehr wollte; dem Gegner liegt daran, daß die Partei, die für die Kosten haftet, gegen seinen Willen nicht aus dem Prozeß entlassen wird⁵²⁹⁾.

Aus alledem folgt, daß man durch die Anwendung des § 265 ZPO auf die Beendigung des alten gesetzlichen Güterstandes den Interessen aller Beteiligten gerecht werden und so zu brauchbaren Ergebnissen gelangen konnte⁵³⁰⁾.

Wurde somit § 265 ZPO mit Recht bei der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung angewandt, so verblieb dem Ehemann die Befugnis, den begonnenen Prozeß um einen Gegenstand des eingebrachten Gutes zu Ende zu führen. Gab es aber eine Rechtsnachfolge in die Prozeßführungsbefugnis im Prozeß des Ehemannes nach § 1380 BGB a. F., so muß dies auch für die Prozeßführungsbefugnis des mit der a.p.s. klagenden Personalgesellschafters gelten, wenn er während des Rechtsstreits seinen Gesellschaftsanteil veräußert⁵³¹⁾. Denn die Prozeßführungsbefugnis, welche die a.p.s. dem Gesellschafter verschafft, ginge dem Gesellschafter an sich mit Veräußerung seines Gesellschaftsanteiles, also seiner Mitgliedschaft, verloren. Sie verbleibt ihm jedoch gemäß § 265 II 2 ZPO für den anhängigen Prozeß. Nur so läßt sich vermeiden, daß dem Prozeßgegner eine neue Partei gegenübersteht. Andererseits lassen sich aber auch nur auf diese Weise die Interessen der veräußernden Partei an einer Fortführung des Prozesses angemessen berücksichtigen.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß das Berufungsgericht mit Recht § 265 ZPO entsprechend auf den Fall der Beendigung der Gesellschafterstellung durch Veräußerung des Gesellschaftsanteils angewandt hat.

⁵²⁷⁾ S. dazu die Fälle bei Wagemeyer S. 66/7 sowie Henckel aaO S. 175.

⁵²⁸⁾ Wagemeyer aaO; Henckel aaO.

⁵²⁹⁾ Henckel aaO S. 176.

⁵³⁰⁾ Henckel aaO S. 177 weist noch auf einen Fall hin, in dem der BGH von seiner früheren Rspr. selbst — wenn auch nicht ausdrücklich — abgewichen ist, um damit zu dem gleichen vernünftigen Ergebnis zu gelangen, das man auch mit einer Anwendung des § 265 ZPO erzielt hätte.

⁵³¹⁾ Die Rechtskraft des mit der a.p.s. erstrittenen Urteils wirkt gegenüber dem neuen Gesellschafter als Rechtserwerber. Das ändert nichts daran, daß eine Rechtskrafterstreckung auf die Gesellschaft aus der Einzelprozeßführung nicht eintritt.

D. Gesamtwürdigung

Die Untersuchung der materiellrechtlichen und prozessualen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der a.p.s. ergeben, hat gezeigt, daß der vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 11. 2. 1960⁵³²⁾ vertretenen Rechtsauffassung nicht gefolgt werden kann. Einmal ließe sich die a.p.s. als „eigener“ materieller Anspruch des Einzelgesellschafters mit dem herrschenden Gesamthandsbegriff nicht vereinbaren. Zum anderen ist durch die Prüfung der praktischen Auswirkungen der widersprechenden Ansichten erwiesen, daß die dem Personalgesellschafter in der Gestalt der a.p.s. zustehende Befugnis nicht die Eigenschaften eines echten materiellen Anspruchs hat. Sie stellt vielmehr nur das Recht des einzelnen dar, einen gesamthänderisch gebundenen Anspruch als Prozeßstandschafter geltend zu machen.

⁵³²⁾ BGH NJW 1960, 964.

Lebenslauf

Am 21. Mai 1935 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Willy Maino und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Voegeli, in Landau in der Pfalz geboren. Dem Besuche der Volksschule folgte die Schulzeit am Altsprachlichen Gymnasium in Landau. Nach der an dieser Anstalt bestandenen Reifeprüfung begann ich im Sommersemester 1955 das Studium der Rechtswissenschaft.

Nach drei Semestern an der Universität in Heidelberg setzte ich das Studium an der Universität in Mainz fort. Im Januar 1960 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt Mainz die erste juristische Staatsprüfung und trat anschließend in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz ein.

Im Dezember 1964 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Mainz ab. Seit Oktober 1965 bin ich in einer Bank tätig.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 25. Februar 1966.

